

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional: ¿Nuevo litigio constitucional?

Ana Giacomette Ferrer*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La acción de tutela, como mecanismo de protección constitucional, solo como punto de partida al asunto central de la ponencia. 3. Breves consideraciones a lo que la doctrina constitucional denomina vía de hecho: de la Teoría de los defectos a las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; 4. Selección y Revisión de tutela por la corte constitucional: ¿Nuevo Litigio Constitucional? 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La acción de tutela es, sin duda, uno de los recursos judiciales más conocidos y utilizados en Colombia. El Consejo Superior de la Judicatura de este país ha estimado que en la actualidad las tutelas representan más del 20% de los procesos que son iniciados en la rama judicial. Además, por todos es sabido que la Acción de Tutela, es un proceso judicial breve, sumario, sencillo, por medio del cual se puede solicitar la protección de los derechos fundamentales, ante su vulneración por parte de las autoridades o de los particulares, en determinados casos. Consagrada por el artículo 86 de la Carta Política de Colombia, y desarrollada legislativamente por el Decreto 2591 de 1991 y fuente de un considerable acervo jurisprudencial en materia

* Doctora en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; especialista en Docencia Universitaria de la misma Universidad; magister en Derecho con énfasis en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de los Andes; catedrática de Derecho Probatorio en las especializaciones de Derecho Procesal Civil de las Universidades Rosario y Medellín. Docente de la cátedra La prueba en los Procesos Constitucionales en la Especialización de Derecho Probatorio de la Universidades Rosario, Medellín y Sergio Arboleda. Catedrática invitada en la Maestría Derecho Procesal Constitucional, en la Universidad Lomas de Zamora (Argentina). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y del Colegio de Abogados Rosaristas; Presidenta del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional; conferencista nacional e internacional en temas sobre enseñanza del Derecho; Derecho Procesal, Procesal Constitucional, Probatorio y MASC. Árbitro de las Cámaras de Comercio de Bogotá Y Barranquilla. Tradadista. Correo electrónico: anitagiacometto@hotmail.com

de interpretación de derechos fundamentales. Sus características están contempladas en la misma conformación constitucional: de acceso fácil, anti-formalista, prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento; todas estas características es lo que nos lleva afirmar que en Colombia, la tutela es un proceso atípico; adicionalmente, se resalta la enmarcación de la acción dentro de la justicia constitucional, por el peculiar sistema de revisión de los fallos de instancias en la Corte Constitucional.

No podemos asegurar que con 26 años de vigencia de nuestra Carta Política, la tutela “goce de buena salud”, si bien en un principio la tutela reconcilió al ciudadano de a pie con la sociedad y con la administración de justicia; lo muestran los llamados DERECHOS DE LA COTIDIANIDAD, por ejemplo: pensión, jubilación, reubicación de vendedores ambulantes para recuperación de espacios públicos, derechos de los estudiantes frente a autoridades educativas de instituciones públicas o privadas, protección de derechos de minorías étnicas, religiosas, sexuales, etc., constituyen ejemplos de líneas jurisprudenciales de tutela que se centraron en la protección del ciudadano como objeto de la acción.

Los vaivenes jurisprudenciales se suscitan cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, esta posibilidad puso de presente juegos de poder y de egos; y, cuando de poder se trata se produce la concentración y el abuso: Corte suprema de justicia, Consejo de Estado, no aceptaban y no aceptan este “remedio judicial”; se resisten a que haya un control jurídico a su actividad; trayendo como consecuencia lo que se conoce como “choque de trenes” que no es más que una QUERRELLA DE INVESTIDURA ENTRE LOS ÓRGANOS JUDICIALES. Entonces, lo que *ab initio* se concibió como principio de protección de derechos del ciudadano, va mutando y se va generalizando para protección de derechos económicos, multimillonarios. Precisamente, esto es lo que motiva el nombre de la presente ponencia, en el marco de este XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional: de cómo esta figura tan controvertida de tutela contra providencias judiciales, que lleva ínsita la selección y revisión de la misma por la Corte Constitucional, se convirtió, en nuestra opinión, en un nuevo litigio constitucional.

2. ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: SOLO COMO PUNTO DE PARTIDA AL ASUNTO CENTRAL DE LA PONENCIA

Gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido que la acción de tutela, como mecanismo de protección constitucional, está prevista para la protección inmediata de los derechos constitucionales, conforme al artículo 86 de la carta política. De hecho el Decreto 2591 de 1991,

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

por el cual se reglamenta la acción de tutela, plantea que es un mecanismo que, por regla general no procede contra decisiones judiciales, y en sentencia T 892 de 2011 se afirmó:

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.¹

Se trata de un mecanismo que está al alcance del constituyente primario y esto la convierte en la forma ideal para garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, la realidad da cuenta de todo lo contrario, mencionemos por ejemplo, cómo un trámite informal establecido por la Constitución, se ha convertido en un verdadero proceso constitucional, afectándose el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, por cuanto que, la han elitizado tanto, a punto que algunos consideran que sin la representación de un abogado no es posible presentar una acción de tutela “aceptable” para que un juez se pronuncie sobre la violación de un derecho fundamental, o amenace su violación; además, se observa cada vez con mayor frecuencia el incumplimiento de los jueces en el plazo para fallar la tutela, trayendo consigo, paradójicamente, la continuidad en la violación de más derechos fundamentales. Frente a este último aspecto, dicha omisión, según el Consejo Superior de la Judicatura, es sancionada con la suspensión en el ejercicio de las funciones, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 46 del Código Disciplinario Único.² Sobre el particular, la Corte Constitucional se pronunció, a partir de la figura del incidente de desacato,³ que tiene como objeto propiciar que se cumpla el fallo de tutela, y cuyo fundamento normativo se encuentra en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991. Cabe hacer la aclaración que, una cosa es el incumplimiento del fallo de tutela impetrado, y otra es el no fallo de la tutela en el plazo correspondiente.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-892 de 30 de noviembre de 2011. MP Nilson Pinilla Pinilla.

² Estamos haciendo referencia a la Ley 734 de febrero 5 de 2002.

³ A pesar de ser una sanción, el objeto del desacato no es la sanción en sí misma, sino propiciar que se cumpla el fallo de tutela. Cumplir con la orden serviría para evitar la sanción, valga decir, evitar que se imponga el arresto y la multa previstos en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991. En la medida en que el desacato puede hacer que se cumpla con el fallo en comento, es un instrumento procesal que puede garantizar de manera adecuada el acceso a la administración de justicia. Sentencia C 367 de 2014. MP Mauricio González Cuervo.

3. BREVES CONSIDERACIONES A LO QUE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DENOMINA VÍA DE HECHO

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, admitió en un principio sin restricciones la posibilidad de tutela contra providencias judiciales.⁴ Con posterioridad mediante sentencia C-543 de 1992, declaró la inexequibilidad de las normas que posibilitaban tutela contra sentencias. Entonces creó la línea jurisprudencial de las vías de hecho,⁵ así como las modalidades de defectos que producían tales vías de hecho (sustantivo, orgánico, fáctico, y procedimental)⁶ luego pasó a denominarlas *causales genéricas y específicas de procedibilidad de tutela contra sentencias*, en virtud de las cuales si bien en principio no procede la tutela contra providencia judicial, ello sí es posible de manera EXCEPCIONAL, previo el cumplimiento de requisitos de procedibilidad,⁷ que la doctrina de Corte Constitucional se ha empeñado en denominarlos:

- a) GENERALES DE PROCEDIBILIDAD, que determina si el juez constitucional conoce del asunto: (i) que la conducta del agente carezca de fundamento legal; (ii) que la acción obedezca a la voluntad subjetiva; (iii) que viole derechos fundamentales de manera GRAVE e INMINENTE; (iv) que no exista otra vía de defensa judicial; (v) que el tema sea de relevancia constitucional; (vi) que no se trate de sentencia de tutela. Aquí se deben dar todos los requisitos mencionados.
- b) ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD, Viola o no el Derecho Fundamental invocado; que se inicia con lo que se denominó la “*Doctrina de los defectos*”; tales defectos en un primer momento fueron llamados: sustantivo, procedimental, orgánico y fáctico; más adelante, la Corte empieza a redefinir dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y reemplaza la expresión “*vía de hecho*” por “*causales genéricas de procedibilidad*” agrupándolos así: sustantivo, procedimental, orgánico, en una categoría; fáctico –en sus dimensiones positiva y negativa- y agrega: error inducido, desconocimiento del precedente, falta de motivación y violación directa de la Constitución. A diferencia de los generales, frente a estas causales, mínimo tiene que cumplirse una de ellas.

⁴ En efecto el decreto 2591, arts. 11, 12 y 40, se referían a que la tutela sí procedía contra providencias judiciales, entratándose de violación de derechos fundamentales y agotamiento de recursos ordinarios.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 1993.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-231 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-131 de 2010. MP María Victoria Calle.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

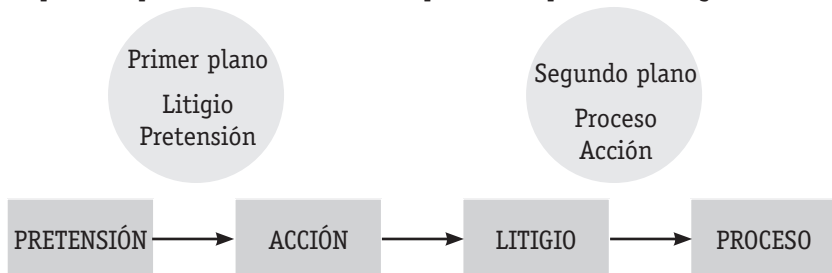
Es lógico pensar, que ante tantos requerimientos, aunados a la selección y revisión de la tutela por la Corte Constitucional, lo que antes era del común, se volvió para especialistas y así se fue configurando una élite de abogados, para hacer parte de lo que hoy se suele llamar “*litigio constitucional*”, y que, coincidentemente, lo conforman en su gran mayoría exmagistrados de la Corte Constitucional.

4. SELECCIÓN Y REVISIÓN DE TUTELAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL: ¿NUEVO LITIGIO CONSTITUCIONAL?

Para ir adentrándonos en nuestro tema, se considera conveniente plantear qué se entiende por litigio y su diferencia con proceso; y hacer el ejercicio hermenéutico en tratándose de esta clase de proceso de control concreto de constitucionalidad.

4.1. Litigio y su diferencia con el proceso

El litigio se ha definido, por Carnelutti, como el conflicto de intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. Por su parte, el proceso es entendido, a partir de las definiciones aportadas, por este mismo autor, como la suma de los actos que se llevan a cabo para la composición del Litigio, y su finalidad es dar solución al litigio planteado por las partes a través de la sentencia que dicta el juez. De tal forma que la relación entre estos dos conceptos se puede resumir de la siguiente manera: Todo proceso presupone un litigio. Ahora bien, pasando a sus diferencias, hay que decir que son conceptos que se encuentran en dos planos diferentes. En un primer plano está el litigio y la pretensión, y en un segundo plano está el proceso y la acción. El primer plano puede existir independientemente del segundo, por cuanto que, pueden existir sin necesidad de que haya un proceso como tal. De esta forma se puede decir entonces, que sin pretensión no puede haber acción, y sin acción no puede hablarse de proceso, pues la acción es la llave que abre la puerta del litigio. Veamos:



4.2. Litigio constitucional

Nos preguntamos: el anterior esquema, ¿cambia en esta categoría de procesos constitucionales? Es indudable que la atipicidad referida a la acción de tutela, está enmarcada además de las características señaladas por el artículo 86 Superior, por los tres elementos que, de acuerdo con el Derecho Procesal Contemporáneo, son propios de un proceso ordinario, esto es: SUJETO, OBJETO y ACTIVIDAD PROCESAL, y que, en la acción de tutela se surten de una manera diferente; lo anterior siguiendo el derrotero señalado por el Decreto 2591 de 1991:

[...] 2.1. Sujetos: Se relaciona este elemento con los entes de derecho que deben intervenir en el proceso de control concreto de constitucionalidad;

2.1.1. Juez de la República: La acción de tutela se puede impetrar en todos los campos judiciales, ya sea de orden civil, penal, administrativo, de familia, comercial y en cualquiera otra modalidad en que se produzca la violación y/o amenaza del derecho fundamental.⁸

2.1.2. Partes: En la acción de tutela intervienen siempre dos partes plenamente identificadas que pueden ser únicas o plurales, según sea el caso, personas naturales o jurídicas, extranjeros, que según el artículo 100 de la C P “[...] disfrutaban en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”... y aun menores de edad, los cuales pueden comparecer por intermedio de sus representantes legales. Sobre este particular, ha expresado la Corte Constitucional: “La Acción de Tutela, según resulta del artículo 86 de la Constitución, tiene un sujeto activo, la persona de cuyos Derechos Fundamentales se trata, o quien obra a nombre de ella, y uno pasivo, entidad o autoridad pública o persona particular contra la cual se dirige, que es precisamente quien, según aquella, causa daño o amenaza a los Derechos Fundamentales invocados, merced a su conducta activa u omisiva[...].”⁹

2.2 Objeto: La pretensión procesal en estos asuntos, está encaminada a la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, ya sean estas personas naturales o jurídicas, 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

⁸ En este punto se remite al lector a lo tratado en el subtema “La acción de tutela como Recurso Constitucional.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-578 de 1997; MP José Gregorio Hernández Galindo. ConCORDANTEMENTE los artículos 46 y 47 del decreto 2591 de 1991 que legitiman al Defensor del Pueblo, para que en nombre de cualquier persona que así lo solicite o se encuentre en situación notoria de desamparo o indefensión, interponga la acción; y el 16 *ibidem*, expresa que tal acción deberá dirigirse contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

en estado de subordinación o indefensión. La vulneración o violación contiene el concepto de daño o perjuicio y éste se presenta cuando el bien jurídico que representa es lesionado; en tanto que constituye amenaza de ese derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, puede sufrir mengua, es decir, la amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente o próxima.

2.3 Actividad Procesal: Es cierto que, como regla general, la demanda de tutela carece de tecnicismos y formalismos; sin embargo, deberá contener por lo menos el nombre y la dirección de la persona solicitante del amparo, una relación de los hechos que son motivo de la tutela, del derecho o derechos que se consideran violados o amenazados de vulneración, el nombre de la persona natural o autoridad que están causando la violencia o amenaza de trasgresión del derecho, las pruebas que certifican sus afirmaciones y la autoridad a la cual va dirigida. Una vez recibida la tutela por el operador judicial a quien correspondió por reparto, se analiza la procedencia o no de la misma, de lo cual se pronuncia mediante auto; en caso de proceder la acción y en desarrollo del debido proceso se debe notificar a la parte accionada para que ejerza su derecho de defensa y, como en todo proceso, pueda efectuar una contestación en la que se allane o acceda a las pretensiones del accionante. Surtida la notificación, el funcionario judicial procede a analizar tanto los hechos presentados como los sustentos probatorio¹⁰ para determinar el alcance de la violación o la amenaza de vulneración al derecho o derechos de los cuales se pide amparo. Si las pruebas son suficientes, el juez de tutela categoriza el agravio causado y formula la medida, que de acuerdo con la situación planteada, sea la que ponga fin a la trasgresión o amenaza del derecho amparado, profiriendo la orden que corresponda al caso sujeto a juicio, fallo que deberá proferirse dentro de los 10 días posteriores a la presentación de la acción,¹¹ según lo señala el artículo 29 de Decreto 2591 de 1991, norma que además de enunciar qué debe contener el fallo,¹² establece que el mismo no podrá ser inhibitorio. Se establece igualmente que el término para el cumplimiento de la sentencia dictada no excederá las 48 horas.

¹⁰ La actividad probatoria en la acción de tutela, se estudiará en el capítulo correspondiente, para ilustrar, comparativamente, cómo se surte tal actividad en los procesos de control constitucional abstracto y concreto, de acuerdo con el esquema que inicialmente se planteó.

¹¹ Sobre este respecto, la Corte en sentencia T-465 de 1994, MP José Gregorio Hernández, señaló "...Es entendido que se trata de días hábiles, es decir, aquellos durante los cuales se ejerce la función judicial en el Despacho correspondiente, pero también resulta indudable que el término señalado por la Constitución política es perentorio e inexcusable. Dicho plazo para decidir corresponde a una garantía a favor de los asociados en el sentido que, si acude ante los jueces para hacer realidad el orden justo al que aspira la carta, pueden tener la certidumbre de que obtendrán resolución oportuna y eficaz...".

¹² De acuerdo con esta disposición, el fallo de tutela deberá contener: a) la identificación tanto del solicitante, como del sujeto vulnerador o amenazante del derecho; b) la determinación del derecho que efectivamente se tutela; c) la determinación de las acciones que se requieren del accionado; d) la fijación del plazo, perentorio de 48 horas para el cumplimiento de lo fallado, y e) eventualmente ordenar la inaplicación de una norma, cuando la violación o amenaza de trasgresión se derive de esa norma.

Vencido el término concedido en el fallo sin que el accionado cumpliera con las acciones o suspensión de las mismas con el fin de cesar en la trasgresión o amenaza amparada, el juez de tutela podrá exigir el cumplimiento de la sentencia ante el Superior Jerárquico del accionado para que éste emplace al responsable a cumplir lo ordenado en virtud de sus facultades disciplinarias, o tramitar el desacato del fallo que se diligencia como un incidente procesal y faculta al juez de tutela a imponer arresto hasta por seis meses según la gravedad de lo desatendido y una multa hasta por 20 salarios mínimos mensuales, además de las sanciones penales a que hubiere lugar por la conducta omisiva del accionado. Esta determinación deberá consultarla el juez a su superior jerárquico, quien decidirá dentro de los tres días siguientes, si tal sanción procede o se revoca según lo señala el artículo 25 de Decreto 2591 de 1991. Lo anterior, sin perjuicio de que el fallo de tutela fuere impugnado, en observancia del debido proceso y como garantía del derecho de defensa (arts. 31 y 32). [...]

En conclusión tenemos: unas partes identificadas (actora y demandada), con una única pretensión, esto es el amparo de sus derechos vulnerados o amenazados, por acción o por omisión, que deben cumplir una serie de actos procesales, entendiéndose proceso, que se activa precisamente porque hay Litis, esto es: intereses calificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. No obstante, en este proceso de control concreto de constitucionalidad, cuando de la selección y revisión de tutela se trata, el problema se acentúa; de ahí que pasemos a un análisis somero, de cada uno de estos pasos o fases.

4.3. Selección de tutelas

Sea lo primero precisar que no existe marco normativo que regule el tema; se refieren pero a la revisión eventual: los artículos 86 y 241.9 de la Carta Política, que habla de eventual revisión; el artículo 32 y 33 del decreto 2591/91 (sin motivación expresa y según su criterio), el Decreto 262 de 2000 art. 7.12 referido a la insistencia, Acuerdos de la Corte Constitucional 05 de 1992, modificado por los acuerdos 01 de 2004 y 02 de 2007: art. 49 —de forma discrecional y sin motivación—, finalmente los Acuerdos 01 de 30 de Abril de 2015 y el 02 de julio 22 de 2015 éste último *“Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”*.

La Constitución en su artículo 241, numeral 9, dispone que le corresponde a la Corte Constitucional *“revisar en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales”*, en desarrollo de este mandato, todos los expedientes de tutela del país son remitidos a la Corte Constitucional, para su *“eventual revisión”*; este punto lo desarrollaremos más adelante. Así, la selección de

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

tutelas ha sido descrita por la Corte como un acto discrecional, si bien hoy día está discrecionalidad está matizada en la medida en que se ejerce de conformidad con los principios y criterios orientadores de selección. Este proceso inicia con la llegada de los expedientes de tutela a la Corte Constitucional, desde todos los rincones del país por remisión de los jueces de primera instancia, una vez el fallo de tutela queda en firme, es decir, cuando se ha dejado vencer el término de 3 días que la norma prevé para impugnarlo y, cuando siendo de segunda instancia, se notifica a las partes.

Es preciso, entonces, hacer una síntesis comparativa, entre lo que sobre el “*proceso de selección de tutela*”, contemplaban los Reglamentos anteriores al año 2015 y lo reseñado posteriormente:

ANTES:

- a) Una vez los expedientes eran recibidos por la secretaría de la Corte Constitucional, esta procedía a elaborar una carátula -que contenía la información mínima exigida por el reglamento interno de la Corte: número de radicación dentro de la Corporación, nombres de las partes y derecho fundamental presuntamente violado- que identifica al expediente, para facilitar su selección.¹³
- b) Posteriormente, la designación de la Sala de Selección se realizaba mediante sorteo, una semana antes de que iniciara su labor, de tal forma que nadie sabía quiénes eran los magistrados encargados de ello, y los sorteos los hacía la Sala Plena, en presencia de todos los magistrados y de la Secretaría General. Ahí, la sala de selección estudiaba las tutelas preseleccionadas, así como las insistencias de tutelas no seleccionadas en el mes anterior. Si una tutela no era seleccionada, existía un plazo de 15 días calendario para insistir en su revisión, contados a partir de la notificación del auto mediante el

¹³ Entre 1992 y 2003, tomando como cierta la descripción realizada en la sentencia C-1716 de 2000, las reseñas de la Secretaría incluían mucho más que el mínimo mencionado en el reglamento: contenían referencia a los jueces de instancia, una revisión de los fallos anteriores, anotación de las pruebas recaudadas en el proceso y una apreciación sobre la posible vulneración de los derechos del demandante. Adicionalmente, estas reseñas se enviaban a la Unidad de Tutelas para que los abogados que la integraban las evaluaran y dieran su concepto a la correspondiente Sala de Selección. Però esta práctica cambió en 2003, cuando la presidencia de la Corte determinó que en adelante solamente se incluiría al mínimo reglamentario en las reseñas y no habría intervención de la Unidad de Tutelas. Con todo, se dejó abierta la posibilidad de que, a juicio de quienes realizaran las reseñas, se presenten más detalles de algunos de los expedientes que pudiesen ser más interesantes o urgentes. Históricamente, quienes se han encargado de hacer las reseñas esquemáticas son los auxiliares *ad honorem* o auxiliares judiciales grado 1 de cada despacho. En general, se trata de estudiantes de Derecho o recién graduados.

cual se informa que la tutela no fue seleccionada.¹⁴ Si no se insiste en ese plazo, la tutela quedaba excluida de manera definitiva; de existir insistencia, el estudio de la misma correspondía a otra Sala de Selección del mes siguiente, la cual también se sorteada al azar.

- c) La insistencia como potestad -regulada a través de la Resolución 669 de 2000 para la Defensoría del pueblo; y, Resolución 301 de 2013¹⁵ más general- involucra una simplificación del procesamiento de información, de tres maneras: aumenta el número de individuos involucrados en el examen de los expedientes, revela un mayor interés de las partes en el resultado del proceso de revisión del fallo y permite que sean consideradas otras interpretaciones institucionales de lo que resulta urgente o importante en materia de derechos fundamentales. Además, cada institución competente, para insistir en la selección de expedientes de tutela, ha estructurado el trámite de las insistencias, de manera que es posible aprender de la experiencia y lograr mejores balances entre el aspecto estrictamente informacional y el aspecto político o normativo involucrado en la decisión. Pero, dicha potestad se considera tan discrecional como la potestad de seleccionar expedientes para su revisión: se defiende que contra ella no cabe recurso alguno pero, aun así, simultáneamente se han desarrollado procedimientos para garantizar que el ejercicio de la potestad apunte hacia las finalidades determinadas por el legislador.

Si bien la insistencia existe desde el momento mismo en que se reguló la tutela y se volvió operativa, no es un mecanismo al que acudan los ciudadanos masivamente, ni tiene la visibilidad que uno supondría que debería tener. De hecho, la Corte Constitucional no disponía de ningún archivo concienzudo y depurado en relación con el universo total de las insistencias que habían sido presentadas ante la Corporación, ni tenía estadísticas sobre la efectividad de las insistencias de distintos funcionarios, ni tampoco contaba con material que proveyera orientación en cuanto a los temas en los que se ha insistido más, o las personas a favor de quienes se insiste con mayor frecuencia. Incluso, se había suscitado una opinión por parte de algunos magistrados, según la cual, las insistencias por ellos mismos presentadas eran comunicaciones privadas que estando protegidas por el derecho a la intimidad, no podían ser dadas a conocer al público, ni siquiera a efectos de una investigación académica. Los autos de las salas de selección, aunque

¹⁴ En todo caso, para los asuntos que no son seleccionados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el respeto al precedente judicial por parte de todos los jueces del país, son garantías para que se asegure la protección efectiva de los derechos constitucionales.

¹⁵ *“Por el cual se reglamenta el trámite de insistencia en Revisión de Acciones de Tutela del Procurador General de la Nación ante la Corte Constitucional.”*

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

mencionaban las insistencias y las relacionaban con expedientes concretos, no indicaban quién o quiénes eran los autores de las insistencias. La ausencia de estos datos volvió casi imposible entender el papel de las insistencias en la selección de tutelas.

ACTUALMENTE:

De ahí que, atendidos al actual reglamento, los artículos 57 y 58 del Acuerdo 02 de 2015, referidos a la insistencia y su trámite, introducen como modificaciones relevantes:

- a) [...] *Las insistencias presentadas por los Magistrados deberán ceñirse a los principios y criterios que orientan el proceso de selección; b) Los textos de todas las insistencias serán publicados en la página web de la Corte Constitucional, una vez recibidas por la Secretaría General. En caso de que el expediente sea seleccionado, en la sentencia se hará referencia al contenido de la insistencia. [...]*

A pesar de la forma como venía funcionando este proceso de selección de tutela, la entonces presidenta de la Corte Constitucional, María Victoria Calle, anunció a comienzos del 2015, la intención de hacer modificaciones profundas en el proceso de selección, como respuesta a la crisis institucional que se generó a partir del episodio de corrupción en la escogencia para la revisión de una tutela por la compañía Fiduspetrol. Según lo que afirmó Calle, se modificaría el reglamento entonces vigente, de tal forma que uno de los cambios es permitir la presencia de un delegado de asuntos constitucionales de la Defensoría del Pueblo en las diferentes salas de selección. Adicional a esto, se conformarían comités de trabajo con personal de todos los despachos, para presentar un proyecto más amplio de transformación del reglamento, que buscaría llenar los vacíos de procedimiento previo a la revisión de las acciones. Además de esto, y dada la situación que un magistrado de la Corte Constitucional —Jorge Pretelt— habría sido protagonista, se solicitaría la conformación de grupos especiales de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, para las funciones de investigación y juzgamiento de las filtraciones de información reservada de las que ha sido objeto el Tribunal.

Así las cosas, en el nuevo Reglamento Interno instituido por el Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015, *“Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”* la Corte Constitucional instaló:

- a) la **Unidad de Análisis y Seguimiento** al Proceso de Selección de Tutelas, unidad conformada por un delegado de cada uno de los nueve Magistrados que integran la Corporación, así como también un coordinador designado por la Presidencia, que tendrían entre

otras funciones, la de verificar que se cumplan los principios y criterios orientadores en la selección de las acciones de tutela que serían revisadas por la Corte. El grupo de profesionales presentaría periódicamente informes tanto a la Sala Plena, como a las Salas de Selección, sobre: (i) los principales temas de que versan los expedientes de tutela que llegan a la Corte; (ii) identificar los problemas jurídicos más relevantes sobre la interpretación de un determinado derecho fundamental o el funcionamiento de la justicia constitucional; (iii) poner de presente la existencia de situaciones estructurales o coyunturales que afecten a un número importante de poblaciones vulnerables; (iv) detectar problemas en los procedimientos de selección implementados y proponer directrices y recomendaciones puntuales a la Sala Plena y (v) alertar sobre eventuales casos de corrupción relacionados con la concesión de amparos.¹⁶

- b) Los acontecimientos que minaron la institucionalidad de la Corte especialmente año 2015, motivaron lo que establece la Sección I, Capítulo XIV del Acuerdo en comentario; en efecto, los artículos 51 y siguientes precisan los principios, y criterios orientadores del proceso de selección, para **limitar** el campo de discreción a la hora de seleccionar las tutelas. Entre los **principios**, atendidos al art. 51 del actual reglamento, se encuentran la moralidad, la eficiencia, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, seguridad jurídica, mismos que, como es sabido, impregnan el sistema jurídico colombiano.
- c) Adicionalmente, el art. 52 integra normativamente la utilización de los **criterios de selección** denominándolos: objetivos, subjetivos y complementarios que la doctrina ha desarrollado y a los que se hará referencia brevemente más adelante.
- d) Además, se mantiene la posibilidad de que los ciudadanos presenten solicitudes para la revisión de tutelas. De igual forma, se conserva el recurso de insistencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591/91.

Independientemente de las demás modificaciones introducidas en el reglamento, el cuestionamiento crucial es si dichos cambios son suficientes para establecer un procedimiento transparente y honesto a la hora de la selección de tutelas, de manera que se pueda restablecer la institucionalidad de la Corte Constitucional y se reconstruya la finalidad propia de la acción de tutela: la protección de derechos fundamentales. Particularmente en lo relativo a los criterios orientadores nos parece un tanto problemático que el reglamento no se haya ocupado de nutrir de contenido en qué consisten cada uno de estos criterios, no obstante existir dentro de la doctrina un desarrollo al respecto.

¹⁶ Num. h, art. 54 del Acuerdo, 2 de julio de 2015.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

En cualquier Estado con un catálogo de derechos fundamentales, existe la necesidad de preservación de los mismos, máxime cuando estos son de carácter subjetivos en cuyo caso el ordenamiento normalmente dispondrá de herramientas procesales para hacerlos efectivos en caso de alguna vulneración.¹⁷ Siendo este el objeto de la tutela,¹⁸ es evidente que el rol de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional abocarán el conocimiento de las acciones de tutela bien sea para fijar el contenido y alcance de los derechos materia del amparo o para procurar la protección del derecho fundamental subjetivo que se reputa violentado. Es a estos dos roles, que puede asumir la Corte Constitucional, lo que la doctrina ha definido como el carácter objetivo y subjetivo del conocimiento de las acciones de tutela.

Nos referiremos brevemente a los mencionados criterios orientadores para la selección de tutela:

Criterio objetivo: siendo la seguridad jurídica un imperativo constitucional la determinación del alcance de los derechos fundamentales es crucial. Es por tal motivo que se reconoce la importancia de la Corte Constitucional en este punto, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y como ente unificador de jurisprudencia. En este punto la función primordial del Tribunal Constitucional es “asegurar la eficacia de la Constitución a través de criterios de interpretación de esta”.¹⁹ Y esa eficacia deviene de la fijación de parámetros hermenéuticos específicos que guíen el actuar de los jueces ordinarios al decidir tutelas.

Esta dimensión del carácter objetivo de la función de la Corte Constitucional encuentra asidero pragmático en el texto constitucional, pues en este se destaca que la Corte Constitucional es la intérprete autorizada de la Constitución.²⁰ Esta característica de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional es la que dota de sentido a la unificación de jurisprudencia para guiar el quehacer constitucional de toda la rama judicial del Estado colombiano y en ese sentido fijar con criterio vinculante el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se pretende por medio de la acción de tutela.

¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.

¹⁸ El art. 86 de la Constitución política establece que 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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

¹⁹ Cascajo Durán, Manuel, “El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, p. 123.

²⁰ A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo [...].

Algunos autores que se han detenido en el análisis de los procesos de selección de tutela contemplan varias etapas en el desarrollo histórico del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Un primer momento se refiere a la transformación de una cultura preconstitucional en una cultura constitucional, a partir de la fijación de derroteros específicos que les permitan a los jueces apegados a la ley solucionar los casos de derechos fundamentales con herramientas de índole constitucional.²¹ En segunda medida, y contando con un desarrollo jurisprudencial relativamente amplio, el carácter objetivo de la función de la Corte se predicará de nuevos casos, esto es, nuevos supuestos de hecho que requieran delimitación en cuanto al alcance de los derechos involucrados en el caso.

Asimismo, podrá el órgano de cierre considerar pertinente realizar un cambio de jurisprudencia, tal y como lo ha destacado la misma Corporación en sentencia C-836 de 2001.²² También puede ocurrir que con ocasión a una decisión de tutela el órgano de cierre considere oportuno aclarar o complementar lo establecido previamente en la jurisprudencia. Esta etapa se refiere a una “jurisdicción constitucional reflexiva”.²³

Por otra parte, es posible que el conocimiento de las tutelas por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se vea motivado por la existencia de fallos contradictorios frente a un supuesto de hecho de-

²¹ Aragón Reyes, Manuel, “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo, en instrumentos de tutela y justicia constitucional”, en *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, p. 28.

²² En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (art. 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (arts. 1 y 3). [...]

Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. [...] Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

²³ López Pietsch, Pablo, “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, p. 151.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

terminado. En estos casos se abre paso a la función unificadora en estricto sentido, esto es, a la génesis de las sentencias de unificación *strictu sensu*.²⁴

Finalmente, es posible que el carácter objetivo de la tutela se manifieste a través de una labor correctiva por parte del máximo Tribunal Constitucional al encontrarse con fallos que se aparten de lo dictaminado por él.²⁵ Este presupuesto, en la objetividad de la tutela, es el que ha dado paso a recursos como el *certiorari*, en el cual, no siendo objeto de selección y eventual revisión, una parte puede solicitar a un Tribunal de superior jerarquía que, utilizando su discreción, determine si examina la decisión adoptada por un operador jurídico de menor rango.

Criterio subjetivo: como se dijo anteriormente, la consagración constitucional de un catálogo de derechos fundamentales subjetivos conlleva la creación de mecanismos para su protección. El que se establezca la primacía de la Constitución como norma de normas hace que dicho catálogo adquiera preponderancia absoluta dentro del ordenamiento jurídico y por tanto, que la protección de dichos derechos sea fundamental para el propósito y coherencia que la misma Constitución procura.

Sin embargo, existe una confrontación doctrinaria en este punto, pues hay autores que consideran que a la Corte Constitucional no le compete la protección de los derechos subjetivos como tal, pues esta es función de los demás operadores constitucional –los demás jueces de la República– quienes estarán guiados en su actuar por las directrices planteadas por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Es por ello que se ha aseverado en la doctrina que *“Si el ordenamiento jurídico le ha atribuido a otras instancias la protección de los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo al crear un mecanismo especial para su protección, el papel que tiene que asumir el máximo órgano de interpretación no es este, en principio.”*²⁶ Adicionalmente, la subsidiariedad de la tutela como mecanismo de protección pareciera indicar que a quien le pertenece la protección de los derechos fundamentales subjetivos es por regla general al operador jurídico ordinario, pues para ello el sistema jurídico ha establecido una serie de conductos tendientes a garantizar la efectividad de los derechos. Esto debe matizarse en el ordenamiento jurídico colombiano, pues la tutela procede como mecanismo principal si no existe otra acción eficaz e idónea para la protección del derecho que se reputa vulnerado.²⁷

²⁴ López Cuéllar, Nelcy, *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 44.

²⁵ Cascajo Durán, Manuel, *op.cit.*, p. 112.

²⁶ López Cuéllar, Nelcy, *op.cit.*, p. 49.

²⁷ Esta regla jurisprudencial es posiblemente la que ha ampliado el espectro de posibilidades de procedencia de la acción de tutela, pues además de cimentarse en verdaderos concep-

Para quienes defienden el carácter subjetivo de la revisión de tutelas el argumento central es, que si la tutela es improcedente por no existir vulneración actual o inminente de un derecho fundamental, es porque la tutela de estos derechos es lo primordial para el mecanismo de protección y la dimensión objetiva de este viene por añadidura de su misión principal.²⁸ De igual forma, se ha argumentado que un exceso en el desarrollo del carácter objetivo de la tutela podría conllevar a un desconocimiento del derecho subjetivo, lo cual es irreconciliable con la Carta Política misma. Un ejemplo de ello sería el excesivo desarrollo objetivo, al punto que lo único que importa es el determinar el alcance del derecho pretermitiendo la audiencia de las partes, lo cual obraría en detrimento de su derecho fundamental al debido proceso.²⁹ A pesar de lo anterior, es evidente que el desarrollo de la función objetiva de la tutela, a través de la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, comporta de igual forma el desarrollo de su dimensión subjetiva, al poder, el máximo órgano, decidir sobre el caso en concreto. Por ello se ha establecido que la tutela tiene una doble dimensión inescindible: **subjetiva-objetiva**.

Esta contextualización sobre las dimensiones objetiva y subjetiva de la tutela sobre las cuales se cimientan los criterios de selección mencionados por el numeral, dan cuenta de la incertidumbre que genera la modificación introducida al Reglamento Interno de la Corte Constitucional al que se hizo mención anteriormente. En efecto, no existe una determinación en concreto de cuál sería el modelo a seguir, pues el artículo 52 del Acuerdo solo habla de criterios objetivo, subjetivo y complementario. Si existe tanto debate en la doctrina sobre la labor de la Corte en punto de los parámetros objetivos y subjetivos y ello es lo que determina en últimas cuál es el papel que debe jugar el órgano de cierre en sede de la revisión de tutelas, entonces ¿de qué forma el Reglamento da cuenta de un patrón específico de selección? Además, la enunciación genérica que hace el Acuerdo sobre los criterios aun no cierra la brecha de amplia discreción que existía antes de la modificación y ello implicaría que en realidad no se ha introducido un cambio con consecuencias pragmáticas evidentes. Ello se complementa si se observa que a lo largo de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha existido una prevalencia de ambos “criterios” a la hora de la selección. Por una parte, el expresidente de la Corte Constitucional, José Gregorio Hernández defiende la utilización de un modelo objetivo de selección, en-

tos gaseosos, ha tenido la virtualidad histórica de pretermitir los procesos ordinarios para procurar una solución más expedita. Ahora, el número de tutelas por decidir en el país da cuenta de que la subsidiariedad de la tutela pasó de ser la regla general contemplada normativamente, a ser la excepción en la práctica.

²⁸ Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de 1998, p. 75.

²⁹ *Ibidem*, p. 93.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

tendida como la función de unificación, delimitación y pedagogía que tiene la Corte Constitucional. Por otra parte, el también expresidente de la misma Corporación, Carlos Gaviria Díaz propugnaba por el desarrollo del criterio subjetivo de selección, esto es, que la Corte debe proteger los derechos fundamentales subjetivos, de acuerdo a lo dicho anteriormente. Si los criterios a los que hace mención el Reglamento ya existían previamente —de forma jurisprudencial— y eran utilizados a efectos de realizar la selección de tutelas, entonces ¿es posible hablar de verdaderos criterios, a partir de la modificación en comento? ¿Cómo puede cambiarse la visión institucional de la Corte Constitucional si en realidad no se introducen modificaciones que cambien el esquema bajo el cual se desarrollan los escándalos que han azotado a la Corporación en los últimos años? En definitiva, el nuevo Reglamento se queda corto en cuanto al establecimiento de un conducto específico que restrinja las posibilidades de que la selección de tutela se haga con una finalidad diferente a aquellas propuestas por los modelos objetivo y subjetivo de selección, esto es, el desarrollo de un litigio con el propósito de satisfacer intereses multimillonarios; obsérvese que el parágrafo del artículo 52 del Acuerdo, aclara que: *“En todos los casos, al aplicar los criterios de selección, deberá tenerse en cuenta la relevancia constitucional del asunto, particularmente tratándose de casos de contenido económico”*.

Ahora, si se observa, el Reglamento menciona, además de los criterios subjetivo y objetivo de selección, la posibilidad de utilizar otros criterios “complementarios”; menciona: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público. Nos preguntamos: ¿A qué puede estarse refiriendo el Acuerdo con esto? ¿Qué debe entenderse por criterios complementarios o de qué forma esta alocución ha sido desarrollada en la doctrina? Ciertamente el Acuerdo en este punto abre una brecha enorme para la génesis de parámetros de selección creados a placer por quienes tienen la potestad de seleccionar tutelas. A manera de ejemplo, en España, con la reforma introducida a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se creó un parámetro adicional que debe tener en cuenta el Tribunal para admitir un caso presentado mediante el recurso de amparo: la especial trascendencia constitucional para determinar los motivos de la admisión. La reforma se limita a plantear que para efectos de determinar la especial trascendencia de la materia se deberá examinar “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (art. 50 LOTC) ¿Podría entenderse esto como un criterio complementario? ¿Tienen los Magistrados de las salas de selección la potestad de interpretar la noción de criterios complementarios como una puerta para introducir criterios que

han sido adoptados en ordenamientos jurídicos foráneos? Si se pensara, por ejemplo, que ello es posible y se utilizara el criterios de especial trascendencia constitucional a la que hace mención la LOTC, ello podría significar que el trámite de la eventual revisión de la tutela se haría aún más sofisticado y con ello se alejaría aún más al ciudadano de a pie de la Corte Constitucional. Es más, cobraría mayor fuerza la idea de que la selección y la revisión de las tutelas es un nuevo escenario de litigio constitucional. En efecto, “El requisito de la especial trascendencia constitucional, como presupuesto de la admisión del recurso de amparo, obliga a cambiar el contenido de la demanda de amparo. En la misma, como hasta ahora, deben exponerse con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, con cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado (art. 49.1 LOTC). [...] En este punto, los abogados deberían tener en cuenta, de una parte, que no es suficiente razonar la vulneración de un derecho fundamental para entender debidamente justificada la trascendencia constitucional; de otra, que justificar la trascendencia del recurso exige razonar que su contenido justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, en atención a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia o para la determinación y alcance de los derechos fundamentales”.³⁰

Por otra parte, es curioso la introducción de una serie de principios rectores que guíen el trámite de la selección, los cuales, a nuestro juicio, deberían ser precisados por el acuerdo mismo dada su naturaleza vaga y porque su indeterminación claramente habilita para que su contenido sea llenado por las motivaciones a la hora de la selección, esto es, por los Magistrados mismos, siendo innegable que ello amplía aún más el grado de discrecionalidad en la selección si son ellos los que fijan los parámetros para seleccionarlos. Además, la cuestión con los “conceptos jurídicos indeterminados”, utilizando la alocución del Consejo de Estado, es que se trata de zonas grises en donde el espacio argumentativo es tan basto que se le puede dotar de casi cualquier contenido a los principios, lo cual facilitaría la selección de casos por motivaciones diferentes a las que deberían impregnar la labor de la Corte Constitucional.

Con lo anterior no se quiere decir que deba pretermitirse completamente la discreción a la hora de la selección, pues ello implicaría crear un escenario en donde la autonomía judicial, de suma importancia por su consagración constitucional, se vería completamente truncada, lo cual no tiene

³⁰ Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La “especial trascendencia constitucional” como presupuesto del recurso de amparo*, disponible en http://www.aecidcf.org.uy/index.php/documentos/doc_download/842-es-trascendencia-constitucional

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

ninguna clase de sentido dentro de la jurisprudencia. Lo que se argumenta es que dicha discrecionalidad debe matizarse y limitarse en una medida razonable a efectos de generar un cambio en la visión que actualmente se tiene del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, lo cual no sucede con la modificación introducida al Reglamento Interno, tal y como se adujo anteriormente. Esta posición ha sido apoyada doctrinariamente a través de argumentos que propugnan por el establecimiento de parámetros claros a la hora de selección las tutelas. Es así como “un caso debería ser seleccionado cuando: 1. Contenga hechos de los cuales se desprenda un aspecto de los derechos fundamentales no abordado hasta el momento por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional [...] 2. Si a pesar de existir pronunciamiento acerca de determinado aspecto de los derechos fundamentales, en criterio de los magistrados que integran la Sala de Selección sea necesario analizar un eventual cambio de jurisprudencia³¹ [...] 3. No obstante existir un pronunciamiento sobre determinado alcance de un derecho fundamental, el fallo de la Corte sea reciente y para ser arraigado en la cultura judicial, a través de unos pocos casos, se desarrolle la pedagogía constitucional a través de estas restringidas reiteraciones [...] 4. Sin perjuicio de tratarse de un caso ya abordado por la Corte, de no ser seleccionado el caso se causaría un daño grave al accionante”³² [...], tal y como lo consagra normativamente el ordenamiento jurídico alemán.

Estos y otros criterios detallados podrían haberse introducido en el Reglamento para que exista un derrotero claro en cuanto a las justificaciones para realizar la selección de tutelas. No obstante, el Acuerdo se limita a reiterar una serie de criterios que ya existían en la jurisprudencia, añadiendo zonas grises representadas por los indeterminados principios y por la alocución de “criterios de selección complementarios.”

4.4. De la revisión eventual de las tutelas³³

Con relación a la revisión eventual de los fallos de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado sentadas las bases de lo que implica el concepto; así, en sentencia C-018 de 1993, la Corte, al estudiar la palabra

³¹ En este punto, la sentencia C-836 de 2001 ha fijado unos criterios claros para establecer cuando existe la necesidad de introducir un cambio en la posición jurisprudencial, tales como cambios normativos o en la realidad jurídica del país tomando en cuenta las condiciones económicas, políticas o sociales. En ese sentido, en este punto las bases doctrinarias para argumentar la selección están dadas por la jurisprudencia misma.

³² López Cuéllar, Nelcy, *op.cit.*, p. 128.

³³ Acuerdo 02 de 2015; cap. XIV, secc. III.

‘eventual’, concluyó que la Constitución no prevé la obligatoriedad de la revisión de todos los fallos de tutela. Además, agregó que la revisión eventual es más importante que la obligatoria, en razón de su contenido y alcance, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela, es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional. Y esto, se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y carácter paradigmático, las cuales junto con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias. De tal forma que, para la Corte, resulta mucho más fructífero trabajar sobre pocos casos significativos e importantes.

Ahora bien, en sentencia C -1716 de 2000, la Corte reiteró su posición, afirmando que cada uno de los fallos que llegan a la Corte son estudiados, pero no todos ellos ameritan revisión. Y la razón de esto es que la gran mayoría de ellos contiene decisiones de instancia que son correctas, y la protección de un derecho, o su negación, han sido ordenadas de acuerdo con la Carta Política y la jurisprudencia de la Corte. En esta sentencia, se hizo referencia a los principios de igualdad, economía y eficiencia, como forma de justificar el hecho de que la Corte deba pronunciarse sobre absolutamente todos los casos que le son remitidos.

Además, en esta sentencia se sistematizaron las razones³⁴ por las cuales el carácter eventual de la revisión de los fallos de tutela no vulnera el principio de igualdad y resulta acorde a la Constitución. Razones que resumimos así: i) El hecho de no pronunciarse de fondo sobre cada uno de los casos que se presentan no vulnera el principio de igualdad, pues no todas están en similares condiciones. De tal forma que solo los fallos en contra de

³⁴ “...cada uno de los expedientes de tutela que se presenta en el país, es examinado por la Corte; cuando en el caso, por ejemplo, el juez de instancia ha estimado que las pretensiones del actor no proceden porque existe otro mecanismo para la solución de la controversia, la Corte no pasa de largo”; ha reiterado “que frente al objetivo prevalente de asegurar el respeto a los derechos fundamentales por vía judicial, no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal, que compararla con los postulados de la Constitución. La existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto a otros. Es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión, en el caso concreto cual es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva”. Es así como la Corte en revisión ha revocado innumerables fallos de instancia que negaban la protección por existencia de un medio judicial ordinario, pues resulta ineficaz, ya que la espera que tendría que soportar el afectado es excesiva, o el resultado previsible no compensa el daño sufrido en los derechos fundamentales del actor.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

la Constitución o la doctrina de la Corte, ameritan una nueva sentencia; ii) cuando las pretensiones en un caso de tutela se desestiman por razón de existir un mecanismo ordinario idóneo para dirimir la controversia planteada por la demanda, y la Corte considera que la decisión se ajusta a derecho, no se viola derecho o principio alguno sino, por el contrario, se cumple la ley y se desarrolla la Constitución;³⁵ iii) el núcleo esencial del debido proceso consiste en el respeto de las formas propias de cada juicio; iv) la previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como “formas propia de cada juicio”, y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad”.³⁶

Ahora bien, en lo atinente al trámite y decisión de las acciones de tutela en contra de la Corte Constitucional, en Auto 055 de marzo 16 de 2011,³⁷ la Alta Corporación se declaró incompetente para conocer de dichos trámites, por las siguientes razones: (i) no existe norma constitucional o legal que le otorgue competencia a esta Corte para resolver acciones de tutela en etapa procesal distinta a la revisión; además, asumir como juez de instancia vulneraría la posibilidad de impugnar la decisión ante un superior; (ii) la regla contemplada en el Decreto 1382 de 2000, según la cual las acciones de tutela instauradas en contra de las altas cortes, deben repartirse para su conocimiento y decisión a las Salas, Secciones o Subsecciones de la misma entidad accionada, no puede aplicarse análogamente o extenderse a la Corte Constitucional, y, (iii) en caso de instaurarse acción de tutela en contra de la Corte Constitucional, debe aplicarse la regla general de competencia derivada de los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, de acuerdo con la cual, son competentes para conocer la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales del lugar donde ocurrió la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales fundamentales.

³⁵ La tutela tiene carácter subsidiario (art. 86 CP y art. 6 del decreto 2591) y por esta característica de su naturaleza, solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial apto para obtener la protección de su derecho. No es una instancia paralela ni adicional, ni puede ella suplantar los mecanismos especiales existentes, sino debe respetarlos, y es preciso que el juez reconozca que hay un procedimiento previsto por el legislador que impide la aplicación de la tutela, so pena de vulnerar la Constitución.

³⁶ De tal manera que, cuando el juez y la Corte encuentran en la ley un mecanismo especial idóneo para restablecer el derecho del actor o hacer efectivas sus justas pretensiones, deben remitirlo a hacer uso de él, para preservar el orden jurídico y la especialidad de la jurisdicción, pero sobre todo, el debido proceso.

³⁷ La Sala Plena de la Corte Constitucional, en uso de sus facultades constitucionales y legales, procede a decidir lo que en derecho corresponda respecto de la negativa del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, en tramitar y decidir acción de tutela incoada por A, en contra de “la Sala Cuarta de Revisión” de la Corte Constitucional.

Y, adicionalmente, sostuvo que la omisión en dar el trámite correspondiente a la mencionada acción de tutela, atenta contra los principios de celeridad y economía procesal que guían el amparo constitucional, pues se ha dilatado el conocimiento y trámite³⁸ de la mencionada acción de tutela, con desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales son competentes a prevención para conocer de las acciones de tutela.

Debemos entender que la revisión de los fallos de tutela no es una tercera instancia o una instancia adicional, sino un mecanismo de naturaleza diferente, *sui generis*, tendiente a la unificación de la jurisprudencia nacional, como lo ha entendido la Corte Constitucional. El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 35 señala que la revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional, es en efecto devolutivo –es decir, no se suspende la aplicación del fallo revisado–, pero la Sala de Revisión de la Corte puede adoptar las medidas provisionales que considere necesarias, por ejemplo, la suspensión provisional de la sentencia revisada, también puede decretar medidas cautelares.

4.5. Hipertrofia sufrida por la prueba

Aunado a lo anterior, surge el problema de la prueba en vía de hecho judicial; que se debe mirar bajo varias aristas: (i) *La tutela ante las instancias de los tribunales ordinarios*: en verdad que frente al tema probatorio, no existe mayor reparo que hacer; quien interpone la tutela contra una providencia judicial, debe llevar toda la carga de cumplimientos de los requisitos ya expuestos y por supuesto el tema probatorio. Aquí existe un proceso o trámite

³⁸ En tal sentido, los casos concretos que los jueces de tutela ya han estudiado y sobre los cuales han proferido decisión, favorable o desfavorable a la protección pedida, no constituyen el motivo primario de la revisión constitucional. El objetivo del análisis que emprende la Corte es el de arrojar luz sobre el alcance y contenido sistemático de las normas fundamentales relativas a derechos de esa misma índole, formulando las directrices de interpretación y aplicación que han de ilustrar sucesivas decisiones judiciales. Ello, a propósito de los casos escogidos, que son paradigmas de los cuales parte la Corte para establecer su doctrina constitucional y la jurisprudencia. La selección de casos singulares para revisión constitucional no es un derecho de ninguna de las partes que han intervenido en los procesos de amparo, ni tampoco de los jueces que acerca de ellos han resuelto. La Corte Constitucional revisa esos fallos “eventualmente”, como lo dice la Constitución, es decir, puede no revisarlos, si no lo tiene a bien, y la decisión de no hacerlo es discrecional, de manera que no se quebranta derecho subjetivo alguno por decidir la Corte que se abstiene de escoger un determinado proceso con tal fin.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

en donde se respetan las garantías procesales, notificándole a la convocada o demandada el tema de tutela contra su providencia, y éste ejerce su legítimo derecho a la defensa y a la contradicción. (ii) *La tutela ante la revisión eventual de la Corte Constitucional*: pensamos que el problema se centra aquí; en primer lugar, por el trámite del proceso de selección y revisión de la tutela. Adicionalmente, como se desarrolla un proceso sin partes, ello hace que las partes –antes de la vigencia del acuerdo de julio de 2015– especialmente la accionada, solo se enterara que su sentencia fue seleccionada por la Corte Constitucional, precisamente cuando se le comunicaba que la sentencia había sido revocada o no. ¿Se practicaron pruebas??? Es posible... pero la parte no lo supo; ¿se le violó su debido proceso??? Consideramos que sí, no había respeto en este filtro de las garantías constitucionales y procesales.

Pero, ¿qué ocurre hoy día? La consideración es la misma que antes hemos esbozado; simplemente por la manera tan “extraña” en que surte esta actividad probatoria. En efecto, según el Acuerdo 02 de 2015, el Capítulo XV, se refiere a DECRETO Y PRACTICA DE PRUEBAS y específicamente el artículo 64 que estudia “*pruebas en revisión de tutelas*”, señala: “Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General” [...] (el subrayado y las cursivas son nuestras). Consideramos que resulta igualmente inocuo este “procedimiento probatorio”, por cuanto que las pruebas se ponen a disposición de las partes, luego de que se han recepcionados; no participan en su práctica, no ejercen su derecho de contradicción; insistimos en que también se viola su debido proceso constitucional que consagra el artículo 29 de la Norma Superior; además nos preguntamos: ¿qué debe entenderse, cuando el artículo indica que las partes se pronuncien sobre las pruebas ya practicadas?

5. REFLEXIONES AL CIERRE

Se reafirma que, por lo menos hasta julio de 2015, existía un diseño institucional de selección y revisión de tutela, de carácter informal, que a nuestro juicio era el problema: el criterio de selección era un *poder discrecional* de la Corte Constitucional, que decidía cuáles temas seleccionar y por ende actuaba como legislador y promotor de políticas públicas, lo que conllevaba que no fuera un proceso democrático.

El desarrollo histórico del trámite de selección de tutelas aunado a la modificación introducida al Reglamento Interno de la Corte Constitucional da cuenta de la génesis de un nuevo litigio constitucional como tal. En efecto, la sofisticación en el momento de la presentación de una tutela, aunado al hecho de la inseguridad que generan los nuevos criterios introducidos por el reglamento, generará un nuevo espacio en donde cada vez más se necesitará de un especialista en la materia a efectos de conducir una eventual revisión ante la Corte Constitucional. Este fenómeno no es nuevo si se observa la doctrina de las causales generales y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en donde la temática al ser tan elaborada hace necesaria la presencia de un experto a efectos de procurar la protección de un derecho fundamental que se reputa vulnerado. Lo anterior da cuenta de que la tutela se encuentra en un proceso de distanciamiento del ciudadano de a pie, en contravía de la pretensión de la Asamblea Constituyente de 1991. En efecto, si la idea era crear un mecanismo de protección de derechos fundamentales que estuviera a la mano de cualquier sujeto, el desarrollo de dicha acción pone de presente que ese no es el propósito que se está satisfaciendo.

Algunos van más allá: el problema no son los procesos de selección y revisión de las tutelas, sino el sistema de elección de los magistrados que conforman la Corte Constitucional en Colombia, que “aparentemente” es claro, pero que, la realidad nos muestra como esa magistratura constitucional, constituye hoy día uno de los obstáculos para el desarrollo de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Creemos que no son excluyentes; todo ayuda, desafortunadamente, a la problemática de hoy día.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, Manuel, “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo, en instrumentos de tutela y justicia constitucional”, en *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derecho fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.

CASCAJO DURÁN, Manuel, “El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001.

LÓPEZ PIETSCH, “Pablo, objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997.

Selección y revisión de tutela por la Corte Constitucional:...

LÓPEZ CUÉLLAR, Nelcy, "Estudio de la selección y revisión de tutelas en la corte constitucional", Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La "especial trascendencia constitucional" como presupuesto del recurso de amparo*, disponible en http://www.aacidcf.org.uy/index.php/documentos/doc_download/842-es-trascendencia-constitucional

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado, 1998.

Jurisprudencia

Colombia. Constitución Política 1991.

Congreso de la República de Colombia, decreto 2591 de 1991.
_____, ley 734 de 2002.

Corte Constitucional, Reglamento Interno, acuerdo 02 de julio 22 de 2015.
_____, Sentencia T-158 de 1993.

_____, Sentencia T- 231 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia T-131 de 2010. M. P. Dra. María Victoria Calle.

_____, Sentencia T-578 de 1997; M.P. Dr. José Gregorio Hernández.

_____, Sentencia T-465 de 1994, M. P. Dr. José Gregorio Hernández.

_____, Sentencia C-836 de 2001.

_____, Auto 055 de marzo 16 de 2011.

_____, T-892 2011 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Resolución 669 de 2000, "Por la cual se reglamenta el trámite de las solicitudes de Insistencia en Revisión de Acciones de Tutela del Defensor del Pueblo ante la Corte Constitucional".

Resolución 301 de 2013, "Por el cual se reglamenta el trámite de insistencia en Revisión de Acciones de Tutela del Procurador General de la Nación ante la Corte Constitucional".

Doctrina

JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y BARRETO ROZO, Antonio, "El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias", julio-diciembre 2010.