

Comentario Económico del día

Director: Sergio Clavijo

Con la colaboración de Ekaterina Cuéllar

Marzo 27 de 2014

La Tutela Macondiana: ¿Hasta cuándo?

Anif ha venido mencionando que la tutela se ha convertido en Colombia en una preocupante fuente de caos e inestabilidad jurídica, dado su repetido uso como mecanismo para evitar la aplicación de los propios fallos que hacen los jueces y los organismos de control y acusación, como la Procuraduría, la Contraloría o la Fiscalía.

El ejemplo más patético ha sido el “tutelatón” organizado por el Alcalde de Bogotá para evitar su destitución a manos del Procurador, instaurando una “cascada” de tutelas que aducen supuesta persecución política y hasta violación del debido proceso. Se han requerido pronunciamientos explícitos de todas las Altas Cortes (incluyendo el Consejo de la Judicatura) para ratificar lo que ya había establecido la propia Corte Constitucional respecto de los poderes del Procurador en el caso de los funcionarios públicos electos por voto popular. La validez legal del procedimiento del Procurador no está en duda; otra cosa es que hacia el futuro resulte conveniente reevaluar los mecanismos allí instituidos.

Anif ha sido de la opinión que la tutela debe ser un mecanismo exclusivo del ciudadano (no de las entidades) para *entrar* sus reclamos al torrente de la justicia, no para oponerse a la aplicación de la misma. La tutela no debería poderse aplicar ante fallos judiciales, pues para ello existen los recursos de apelación ante los tribunales superiores.

El cúmulo de inadecuado uso de la tutela para reclamar supuestos “derechos fundamentales” había dado pie para que Anif realizara un inventario de dichos casos. Recordemos aquí el de la tutela que interpuso un transportador frente al “Código de Tránsito” (enero de 2006) con el fin de que algún juez le permitiera matricular 20 nuevos microbuses en la congestionada y contaminada ciudad de Bogotá. La Secretaría de Tránsito y Transporte explicaba que ella se ceñía a los códigos y reglamentaciones existentes sobre congelamiento de cupos, dada la saturación del parque automotor. El desdibuje de la tutela de entonces tomó la forma de supuesta violación “al trabajo y al debido proceso”, alegando Kafkianamente dicho ciudadano que Bogotá no le podía “incumplir” su derecho a seguir matriculando vehículos (ver *Comentario Económico del Día* 31 de mayo de 2006).

Pero el desmán no es sólo de los ciudadanos, también lo ha sido del propio Congreso de la República. Recordemos que en noviembre de 2005 la plenaria del Senado alcanzó a aprobar un Proyecto de Ley por medio del cual se creaba la *Acción de Tutela Social*. En su artículo primero se establecía el derecho a proteger la alimentación, la seguridad social, la salud, el trabajo, la educación y la vivienda digna, entre otros derechos, invocando para ello el “Estado Social de Derecho”. Muchos abogados han interpretado que ese debe ser el espíritu de la llamada “Constitución Viva”, tal vez como preámbulo del caos ya

Continúa

Director: Sergio Clavijo

Con la colaboración de Ekaterina Cuéllar

probado en el eje Bolívariano-Castrista de Venezuela-Cuba. En su momento, el Banco de la República estimó que el solo derecho a la alimentación así reclamado podría costar casi un 1.7% del PIB por año, lo cual implicaría tener que elevar la tasa del IVA del 16% al 17% para poder enfrentar dichos gastos (ver *Comentario Económico del Día 7* de junio de 2006).

Hasta las propias Cortes han tenido que correr a atajar los desmanes de las tutelas, como el “tutelatón” de Petro. Recordemos que a la Corte Suprema le había tocado salir a aclarar explícitamente que la acción de tutela no era procedente para tratar temas que se encontraban en “procesos ejecutivos”, como, por ejemplo, retoma de un inmueble por no pago de sus deudas. Tampoco cabe la tutela cuando se trata de solicitar “reajustes pensionales”, tal como lo ha aclarado en múltiples casos la propia Corte Constitucional.

Algunos Magistrados de las Altas Cortes nos explicaban décadas atrás que el problema supuestamente radicaba en la ausencia de unas “Leyes Estatutarias” que, como Leyes Superiores, pusieran orden en los diferentes temas relacionados con la salud, las pensiones, el mercado laboral, etc. Pues bien, han pasado 20 años de la Constitución de 1991 y se han aprobado diversas Leyes Estatutarias, las cuales no han probado estar “blindadas” frente a la “tutelitis” aguda que padece el país (ver cuadro adjunto).

El ejemplo más reciente es el relacionado con la aprobación de Ley 209 de 2013 (Estatutaria en Salud), la cual no ha cumplido su cometido de generar un ordenamiento jurídico en esta área, pues se limitó a enunciar (nuevamente) que la salud era un “derecho fundamental”, pero sin dar directrices claras sobre cómo regular y delimitar sus servicios. Estos servicios en salud difícilmente podrían ser ilimitados, pues ello pondría una presión fiscal que haría incrementar los gastos en salud del actual 8% del PIB hacia el 11% del PIB a la vuelta de un quinquenio. Todo parece indicar que, *de-facto*, vamos por ese camino de elevadas contingencias fiscales en salud por cuenta de una “tutelitis” caótica (*Comentario Económico del Día 6* de marzo de 2014).

Dicho todo lo anterior, cabe preguntarse entonces, ¿cuándo reglamentaremos los colombianos la tutela para que deje de ser un obstáculo en el cumplimiento de la Ley? ¿Cuándo abandonaremos este caos de la tutela macondiana anti-aplicación de las leyes existentes?

Tutelas en Colombia: Comparación histórica						
	1999-2004		2005-2010		2011-2012	
	Número	Participación (%)	Número	Participación (%)	Número	Participación (%)
Tutelas interpuestas						
Total	842.800	100.0	1.882.561	100.0	829.759	100.0
Promedio anual	140.467		313.760		414.880	
Tutelas revisadas por la Corte Constitucional						
Total	5.571	0.7	5.438	0.3	1.650	0.2
Promedio anual	929		906		825	
Derechos invocados en las tutelas						
Seguridad social (salud, pensión, reclamos laborales. ...)	247.174	29.3	622.430	33.1	322.680	38.9
Otros	595.626	70.7	1.260.131	66.9	507.079	61.1

Fuente: elaboración Anif con base en Defensoría del Pueblo.