Imprimir

El proyecto de reforma a la justicia presentado por el gobierno actual no es inesperado, en algunos puntos puede ser interesante y, eventualmente, conveniente. El proyecto se acompaña de una larga exposición de motivos, en los que se analiza, con distintos grados de profundidad, los aspectos que, en concepto del gobierno, reclaman ajustes normativos. En esta oportunidad nos detendremos en el primero de los ajustes. En siguientes entregas seguiremos con el análisis del proyecto.
El artículo 1 del proyecto introduce modificaciones a la acción de tutela. Según se lee en el texto, se introducen cuatro modificaciones, la primera de las cuales será analizada acá. La primera modificación está relacionada con la legitimación.

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución vigente, que establece que "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces", se vería modificada al proponer que "Toda persona legitimada para hacerlo tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces". La explicación del gobierno nacional para la propuesta es, francamente, exigua:

En primer lugar, se propone señalar explícitamente que hay un requisito de *legitimación* para la tutela. Esto impide las denominadas "tutelatones", ya que solo el sujeto afectado puede acudir al juez para la protección de sus derechos. No otros sujetos, salvo que se demuestren los requisitos exigentes para el ejercicio de la agencia oficiosa.

Según se desprende de la exposición de motivos, el objetivo de la reforma es enfrentar las "tutelatones". Pues bien, para comenzar con el análisis, primero debe comprenderse qué son estos fenómenos. Mediante el Decreto 1834 del 16 de septiembre de 2015 se fijaron reglas de reparto de la tutela dirigidas, entre otras a enfrentar la situación en que "frente a una misma acción u omisión de una entidad pública o de un particular, muchas personas acuden masivamente a la acción de tutela para obtener la protección judicial de sus derechos fundamentales". En el mismo decreto se indica que esta práctica se ha conocido como 'la tutelatón'. Frente a este decreto, la Corte Constitucional analizó el concepto de sujeto activo de la tutela. Es decir, ante el hecho de que muchas personas presentaban tutela, la pregunta era si estaban legitimadas en la causa. En Auto 172 de 2016, la Corte Constitucional advirtió lo siguiente:

(ii) Las acciones de tutela a que se refiere el Decreto 1834 de 2015 se caracterizan por la irrelevancia del sujeto activo, pues se derivan de una misma causa y suponen la identidad de las circunstancias fácticas que rodean la presunta vulneración de los derechos. Esto significa que, en atención a la coincidencia de causa, objeto y sujeto pasivo de cada una de las demandas, el interés de los accionantes no es potencialmente individualizable, ya que en el escenario de los *"tutelatones"* se persigue una misma finalidad al acudir al sistema de justicia.

Pues bien, si revisamos el argumento del Gobierno Nacional y el análisis realizado por la Corte Constitucional se advierte un primer problema: la reforma no es útil para atacar las "tutelatones". Lo anterior se desprende del hecho de que el Gobierno Nacional considera que con la introducción del requisito de legitimación "solo el sujeto afectado" puede acudir a la acción de tutela (salvo el caso de agencia oficiosa). No tiene en cuenta el Gobierno Nacional que el fenómeno que pretende atacar consiste en que las acciones se originan en "una misma causa y suponen la identidad de las circunstancias fácticas" que conducen a que "el interés de los accionantes no es potencialmente individualizable". Así, si se adopta la reforma el efecto es inocuo, pues todos los afectados podrían interponer la acción de tutela si sus derechos se ven amenazados.

Para el efecto resulta interesante considerar el caso analizado en el Auto 172 de 2016. En ella la Corte Constitucional se enfrentaba a *tutelatones* derivadas del cese de actividades de los funcionarios judiciales en Bogotá. Pues bien, ¿quiénes están legitimados para interponer la acción de tutela? Dado que la tutela procede tanto frente a violaciones como amenazas, toda persona residente en el área de jurisdicción del funcionario judicial que cesa sus actividades vería amenazado su derecho fundamental al acceso a la justicia.

Este no es, sin embargo, el principal problema de la propuesta que se analiza. Caben tres observaciones, una derivada de la finalidad, la otra de la indeterminación y, la última, de la concepción de los derechos que le subyace.

En cuanto a la finalidad, el objetivo es restringir el acceso a la acción de tutela. Ante esta afirmación se podría objetar, aún sin explicarla, que ello no es cierto. Se alegaría que se pretende evitar el abuso de la tutela. Esto puede ser cierto, pero, en los términos antes

explicados, las *tutelatones* no son abusos del ejercicio de la tutela, sino la consecuencia de acciones de autoridades públicas que tienen efectos masivos. Esto merece una explicación adicional, que va con la tercera observación. Ahora bien, volviendo al texto, se introduce una restricción al acceso a la tutela. El objetivo, se insiste, es limitar la tutela (que lleva al segundo objetivo, evitar el abuso). Pues bien, frente a esto estaríamos ante un evidente caso de regresividad.

La regresividad en materia de protección de los derechos constitucionales es un asunto bastante grave. Demanda una justificación que supera el pobre análisis del gobierno. Deben existir razones de peso para la reducción del ámbito de protección. En el caso de las garantías judiciales de protección de los derechos, como es la tutela, dichas razones han de ser aún más relevantes. Ello se explica por muchas razones, entre ellas, el que dichas garantías no pueden ser suspendidas en caso de estados de excepción, tal y como lo establece el numeral 2 del artículo 27 del Pacto de San José y la propia Constitución vigente. Esto se echa de menos en la propuesta gubernamental. No hay razones de peso, salvo el supuesto abuso (pues no se trata de abuso, sino actos que conducen a afectaciones masivas). Este abuso, como sería lo propio de una sociedad democrática, debe ser objeto de sanción posterior.

Buena guía de ello es la regulación de la libertad de expresión. Este derecho cumple, entre muchas funciones, algunas similares a la tutela, en cuanto es un medio de control del poder. Pues bien, cuando se abusa del derecho, esto es, cuando se revela información reservada, al Estado únicamente se le autoriza la sanción posterior y proporcional a la gravedad del acto (Ver artículo 13 del Pacto de San José). Pues bien, analógicamente, el abuso en el ejercicio de la tutela debería conducir a tratamientos similares.

Pasemos a la segunda objeción. La redacción que se propone es profundamente indeterminada. Algunos dirán que el concepto de legitimidad en la causa es lo bastante consolidado como para sostener que la inclusión dentro de los requisitos activos de la tutela conduzca a la indeterminación. Sin embargo, ello no es así. El concepto de legitimidad es, si cabe, claro frente a materias legisladas. Así, existe consenso en que el demandante en un

proceso civil por incumplimiento contractual tiene legitimidad en la causa, pues se tratan de procesos en los cuales existe un sujeto específico (una de las partes del proceso contractual). Ello no ocurre en el plano constitucional. Bastaría con hacerse la siguiente pregunta: ¿Quiénes son legitimados? Podrían decir que los afectados por las actuaciones de autoridades o particulares y que conduzca a la amenaza o violación de sus derechos.

Este argumento debe desecharse porque de ser así, se trataría de algo redundante. Esas son las condiciones para que proceda la tutela y no se entendería, entonces, ¿para qué volver a introducirla? La introducción del elemento permitiría otras interpretaciones. En particular, es posible entender que abre la posibilidad de limitar a las personas que pueden demandar por vía de tutela. Por ejemplo, cabría restringir a las personas jurídicas (tesis que se planteó al comienzo de la operación de la Corte Constitucional), a las personas naturales extranjeras (como se podría derivar del artículo 100 de la Constitución) o a las autoridades públicas (por ejemplo, ante tutela contra sentencias).

En otras palabras, el gobierno abre las puertas para introducir restricciones al alcance del ejercicio del derecho de acción, en contravía del desarrollo expansivo y progresivo de los derechos.

Finalmente, la tercera objeción. La referencia a la *tutetalón* indica una concepción de los derechos que no se ha hecho expresa. Debemos partir de que los redactores del proyecto no son tontos, es de suponer que entienden qué ocurre en un evento de *tutelatón*; es decir, comprenden que un mismo acto tiene efectos masivamente violatorios o amenazantes de derechos fundamentales. Dado ello, resulta extraño que aseguren que la modificación garantizaría que “solo el sujeto afectado puede acudir al juez para la protección de sus derechos”. Para ello hay una única explicación plausible: sólo son concebibles violaciones individuales de los derechos. Esto, porque de lo contrario no tendría sentido la restricción que se propone.

Al margen del hecho de que dicha apreciación es contrafáctica, resulta interesante la concepción de los derechos que le subyace. Tomemos un ejemplo de otro contexto. Un grupo

de sujetos residentes en un barrio de una de las ciudades colombianas ven cómo no se les garantiza la recolección de aguas servidas, generándose un foco de contaminación y de infecciones. ¿Quién es el directo afectado? Esta pregunta podría responderse diciendo que el afectado es todo aquel que no tiene alcantarillado. Pero si la respuesta se da a partir de los beneficiados con una medida de protección, la respuesta sería diferente: los beneficiarios son todos los residentes de la zona en que se desarrolle el proyecto de alcantarillado. Dado esto, ¿quiénes podría entenderse como el directo afectado?

Parte de los argumentos de la imposibilidad de protección judicial de los derechos de contenido prestacional radica en que el beneficiario de la medida de protección no es individualizable. En esa medida, no debería existir la posibilidad de acudir a la protección judicial, pues se estaría ante una cuestión política o administrativa que debería atenderse por otros medios.

Tras esto, está la idea de que a los jueces únicamente les incumben los casos. Esto en el sentido de A demanda a B. Con sujetos individualizables, referidos a derechos subjetivos claramente individualizables y obligaciones, claro está, claramente precisables respecto de la persona.

Es la misma tesis que han defendido las escuelas neoliberales -tanto colombianas como estadounidenses- y que han terminado por negar la posibilidad de protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales.

No es objeto de este artículo recordar cómo ha sido la evolución de la protección de los DESC y el avance que Colombia ha logrado para reconocer espacios de protección a todos los contenidos prestacionales de los derechos fundamentales. Baste con señalar que la postura colombiana en la materia, desarrollada por la Corte Constitucional, ha implicado un notable avance no sólo frente a los derechos sociales, sino también frente a la protección de los derechos civiles y políticos.

Cabe señalar que la postura que se desprende de la propuesta permitiría la restricción del

alcance de la tutela contra los contenidos prestacionales de los derechos fundamentales. Se desconoce así el avance que supone, en armonía con las tesis actuales sobre la integralidad de los derechos humanos y con las posturas teóricas más desarrolladas, reconocer que todos los derechos tienen contenidos prestacionales (si, por ejemplo, el derecho al acceso a la justicia tiene un contenido prestacional, consistente en la existencia de juzgados accesibles), que pueden ser protegidos judicialmente.

El análisis de la primera modificación que se propone nos muestra ya los efectos perversos del proyecto de reforma. No se trata de poner freno al abuso de la acción de tutela, sino de restringir su alcance y reinstaurar concepciones retardatarias de los derechos y, en general del derecho. Quizás esto no resulte claro para muchos y no se alcance a advertir la dimensión del cambio.

Baste decir que se combina, como ocurrió en otras épocas, las visiones más formalistas del derecho (que hundieron a Colombia en las catacumbas jurídicas y pasamos de ser la Atenas suramericana al Tíbet suramericano) con las concepciones más mercantilistas posibles de los derechos. En suma, los derechos fundamentales definidos a partir del vetusto código civil napoleónico y el juez entendido exclusivamente como árbitro de conflictos entre particulares. No sobra recordar que casualmente The Financial Times había señalado que Colombia tiene un sistema jurídico endemoniado y que, como lo planteamos en artículo pasado, buscan reducir el alcance de la tutela. Todo para que el jefe (o, mejor, “la mano invisible del mercado”) se sienta satisfecho.

En suma, esta “modificacioncita” lejos está de ser una cosa menor. En estricta lógica pasa de los todos a algunos (de todas las personas o todas las situaciones a algunas personas o algunas situaciones). Y, bien sabemos, que cuando se entra a hacer distinciones para que algunos sí (algunas personas si o algunas situaciones sí), otros algunos (personas o situaciones) deben sufrir el no. También sabemos que ese es el método de distribución de la mano invisible del mercado: formalmente todos si, pero realmente algunos (los muchos) no. No debemos olvidar que la creación de un nuevo todos, formado solo por *los algunos que sí*, fue tristemente descrita por Anatole France cuando dijo: “La ley, en su magnífica

ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan".

En definitiva, en este país del "usted no sabe quién soy yo", la igualdad plena de derechos es algo que molesta, pues torna en irrelevante el que usted sea "gente de bien". Harto camino falta para que esta sociedad sea, al menos, liberal.

Henrik López Sterup, Profesor de la Universidad de los Andes. Las opiniones expresadas en este artículo no necesariamente reflejan la posición de la Universidad de los Andes.