Imprimir

En la Constitución de 1991, la acción de tutela se definió como un medio de defensa judicial, el cual toda persona podría utilizar para defenderse de amenazas y violaciones de sus derechos fundamentales. Una de sus notas características es que la competencia en la materia no se distribuye por razones materiales, sino en función del sujeto demandado. El proyecto del gobierno nacional propone introducir una modificación (limitación) consistente en que la tutela deba ser presentada ante "la jurisdicción y especialidad que corresponda con el asunto objeto de amparo". Según la motivación del gobierno nacional, aún más limitada que la presentada para sustentar el tema de la legitimación en la causa, la propuesta se justifica así:
"De esta forma se combina la protección de los derechos fundamentales y la constitucionalización del derecho, con el criterio de especialidad".

Para comenzar, esta no es una motivación, sino una descripción de lo que están proponiendo. Resulta sorprendente que a estas alturas el Gobierno Nacional presente un proyecto de reforma constitucional y no ofrezca razones que justifiquen el porqué de un cambio normativo de esta envergadura. Pareciera que les pareció "chévere" combinar esos elementos. Pero estamos ante un asunto bastante serio, que demuestra una profunda incomprensión del debate constitucional (esto, claro está, partiendo de la buena fe de los miembros del Gobierno).

Para explicar el punto, comencemos con tres casos sencillos. En el primero, una persona toma el celular de otra. Puede ser un compañero de estudios, un compañero de trabajo, un familiar. Al tomar el aparato, descubre fotografías íntimas que una persona le envió al dueño del celular. Decide reenviarse las fotografías y difundirlas a través de la red social de su preferencia. En el segundo, una EPS cualquiera recibe una solicitud de un afiliado para que la entidad autorice que se le autorice un determinado tratamiento. La EPS, diligentemente, acude al Instituto Nacional de Salud para indagar por el extraño procedimiento. Según informa el Instituto, dicho procedimiento no se encuentra dentro del registro de procedimientos médicos reconocidos por la OMS y, mucho menos, que sea una práctica habitual por parte de la medicina occidental o conocida en las universidades médicas. Ante

ello la EPS niega el tratamiento, a pesar de que el afiliado, miembro de una comunidad cultural alternativa, muestra, con evidencia "científica", que el procedimiento funciona. En el tercer caso un medio de comunicación publica un reportaje que titula "El Presidente de la República es un títere" y lo acompaña de una grotesca caricatura en que aparece el actual presidente de Colombia como si fuese una marioneta manejada por el presidente estadounidense Donald Trump.

Intentemos definir el juez competente siguiendo los parámetros planteados por el Gobierno Nacional en el proyecto de reforma. Comencemos por el tercero. ¿Cuál es la especialidad? ¿Es un tema penal? Podría ser, pues se estaría afectando el buen nombre y, en esa medida, podría tratarse de una calumnia o de una injuria. Sin embargo, ¿es este el caso? La cuestión no es de poca monta, porque la única manera de vincular la caricatura en cuestión con la especialidad es que ellas sean de "índole" penal. ¿Cómo establecemos esto? Pues sencillísimo: buscamos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia qué ha entendido ella por injuria o calumnia y, con base en ello, decidimos si se trata de un tema de "índole" penal o no.

Con esto tenemos dos problemas. Primero, ¿qué persona sabe cuál es la postura de la Corte Suprema de Justicia sobre qué es injuria o calumnia? Pocos, a decir verdad. Pero supongamos que hay un indicio de que las caricaturas burlescas sobre el Presidente de la República pueden constituir una forma de injuria. El pobre presidente se presenta ante el juez penal e interpone la tutela y, oh sorpresa, el juez considera que la caricatura en cuestión no es injuria y, ahora el juez, se enfrenta al siguiente dilema ¿pierdo o no competencia? Bueno, hasta ahí llegó la celeridad en la justicia.

Pero esta pregunta que se hace el juez encubre una cuestión de más hondo calado. Si considera que es de su competencia, por tratarse de un tema de índole penal ¿debe remitir el asunto a la fiscalía para que inicie una persecución penal en contra del periodista (caricaturista)? Recuerden que la omisión del deber de denuncia es un delito. Si así es, ¿deberá declararse impedido para conocer de la tutela? ¿Debería esperar a que se desarrolle el proceso penal para así establecer si se cometió o no un delito? Peor aún, si el juez

considera que la tutela no procede porque no hubo violación a los derechos del presidente ¿qué debe hacer el Fiscal?

Vamos al segundo caso. Nuevamente ¿cuál es el juez competente? Podríamos decir que es la justicia laboral, por tratarse de un asunto de seguridad social. Pero ¿por qué no tratarlo como un problema administrativo, en la medida en que la EPS respondió de acuerdo con lo señalado por una entidad pública? Y ¿qué decir si lo que se alega es un trato discriminatorio en contra de la pequeña comunidad alternativa? ¿Es, en tal caso, un asunto de índole laboral o de la seguridad social? Más allá, ¿qué pasaría si el juez laboral termina por analizar el tema de la discriminación? ¿Se podría alegar que se violó la competencia y, en consecuencia, el principio de legalidad? ¿Debería anularse el proceso? Sea como fuere, en el camino la pobre persona seguramente habrá muerto y deberá iniciarse un proceso penal en contra de los funcionarios judiciales que no pudieron ponerse de acuerdo sobre su competencia. De paso, ¿qué pasó con la celeridad de la justicia?

Finalmente, el primer caso. ¿Cuál es el juez competente? ¿Un juez civil? Podría ser, pues al fin y al cabo se trata de un asunto entre privados. También el penal, pues, similar al primero analizado, podría ser una forma de delito. Pero ¿por qué no uno administrativo? Está en juego el uso del espectro electromagnético. Ahora bien, ¿qué pensar del demandado? Supongamos que la persona solicita que la red social elimine la fotografía. Una cualquiera, como Facebook. ¿Cuál es el juez competente? ¿Será uno civil o penal? Pero, dado que esas empresas tienen sede fuera de Colombia, ¿será el asunto de competencia del juez (de lo que sea, porque nadie sabe cómo funciona ese sistema jurídico) de la ciudad estadounidense donde se encuentra el domicilio de esa empresa? ¿Es un caso de competencia de un juez de derecho internacional privado? ¿Habrá que llevarlo al tribunal internacional de justicia de la Haya, para que resuelva el conflicto de competencia entre Colombia y Estados Unidos? (Bueno, eso no pasará, pues sólo el Estado puede llevar los casos ante ese tribunal y dudo que este gobierno, por intermedio de su canciller, pretendan llevar al jefe a un tribunal internacional).

Hasta el momento no hemos hablado en detalle de dos cuestiones que afectan estos casos. ¿Qué define la materia? ¿Es acaso el tema abstracto o la petición concreta? Ya vimos que el

tema abstracto no nos da luces. Pero, tampoco lo da la petición concreta: en el primero podría pedirse protección de la intimidad. ¿Cuál es el juez competente para proteger la intimidad? En el tercero propusimos la diversidad cultural. Nuevamente ¿cuál es el juez competente? En el segundo podría plantearse el derecho de réplica, por ejemplo. ¿Cuál es el juez competente?

Estos ejemplos muestran la irracionalidad que está detrás de la propuesta que se plantea. Ahora bien, ¿a qué se debe? Como se anticipó, a la incomprensión del debate constitucional. En el debate constitucional no está en juego una materia específica de carácter legal o administrativo. Están en juego los derechos fundamentales. Ellos no dependen de la ley (como creían en 1887) sino al contrario: es la ley la que depende de los derechos fundamentales. Así, una violación de un derecho fundamental puede tener efectos penales, laborales, civiles, administrativos, etcétera.

La gravedad del asunto se revela al comprender que una disposición como la propuesta termina por hacer depender la interpretación de los derechos constitucionales de la interpretación y regulación legal. En otras palabras, hay personas que esperan que el derecho constitucional se legalice.

Esto, según entenderían esas personas, garantizaría la completa seguridad jurídica. Empero, olvidan que dicha idea de seguridad jurídica termina por suprimir la supremacía constitucional y reinstaurar el principio de supremacía legal. Es decir, retroceder a las épocas de Caro y Núñez.

Podrán decir que el gobierno no espera que ello ocurra. Sin embargo, este es el resultado de su propuesta. La única manera de lograr que exista una distribución de la competencia de tutela según la especialidad es sujetar la interpretación constitucional a la especialidad. La especialidad, cabe recordar, sólo existe en términos legales; así, la especialidad termina imponiéndose sobre lo constitucional.

La evolución del derecho constitucional colombiano desde 1910, cuando se instauró la acción

pública de inconstitucionalidad, ha sido la de expandir el alcance de la Constitución. De lograr la efectividad de sus derechos y no sujetarlos a mayorías temporales. El proyecto propone, en últimas, volver a lo mismo.

¿Quiénes están detrás de esta idea? Sencillo, los grupos más conservadores, que entienden el derecho a partir del formalismo más radical. El mismo que no comprende en qué consiste hoy, no sólo en Colombia, sino a nivel global, la seguridad jurídica. Los mismos que esperan que la actividad jurídica sea conducida por algoritmos y la inteligencia artificial. Los mismos que rechazan la posibilidad de la racionalidad práctica como actividad justificatoria. Los mismos que creen que la subsunción y el ejercicio jurídico es cuestión de la lógica formal.

Pero, dirán algunos, ¿qué mas da? Facilita que los jueces penales no se metan con temas de seguridad social y que los laborales con problemas penales. Pues bien, si eso es lo que está detrás, nuevamente se advierte la incomprensión sobre el debate constitucional. Tomemos el caso de un juez penal, por ejemplo, que le llegue a la Sala de Casación Penal una tutela de una persona a quien no se le autoriza un procedimiento previsto en el POS. El caso es sencillo, pues, si está en el POS, es obligatorio autorizar el procedimiento. Algunos dirán que este es el ejemplo perfecto de un caso de seguridad social, que un juez penal termina por tramitar. Pero ¿acaso no hay aquí un posible hecho punible? Supongamos que a alguien se le ocurra denunciar al personal de una IPS y de una EPS por tortura (art. 178 del Código Penal) debido a los anteriores hechos. ¿No tendría el juez penal que entrar a analizar la complejidad de la regulación de la seguridad social para establecer si el sufrimiento causado no tiene explicación en el dolo? Esto es distinto, responderán. Pues no. No es distinto. El objetivo del análisis jurídico podrá ser distinto: proteger derechos fundamentales en el primero y establecer la responsabilidad penal en el segundo. Pero en ambos casos se diluye la idea de especialidad, pues tanto el juez constitucional como el penal deben meterse en la misma maraña normativa. Bueno, probablemente para el caso de tutela dicha maraña sea menor.

Otros dirán que el problema es que los jueces han sido formados y seleccionados para conocer de una especialidad. Así, dirán, el curso-concurso que adelanta el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Lara Bonilla se dirige a seleccionar especialistas en

derecho penal para los juzgados penales, especialistas en laboral para los juzgados laborales, etcétera. Bueno, si ese es el problema, la cuestión no es de índole normativa, sino de formación.

Si bien en el plano legal ha de admitirse que existe una cierta especialización, también es cierto que dicha especialización es relativa. Un ejemplo cotidiano: el caso del edificio Space en Medellín. ¿Qué conocimientos requiere el juez penal para establecer la responsabilidad de los constructores, diseñadores, interventores, etc.? Penal, dirían nuestros amigos penalistas. Si, deben conocer de derecho penal, pero ¿es suficiente? Las responsabilidades individuales están vinculados a contratos y a reglamentos locales, así como a leyes nacionales. Además, a normas técnicas en la materia. Su interpretación rebaza el estrecho campo del derecho penal. Es más, la propia interpretación del derecho penal, su especialidad, está sujeta a mandatos constitucionales. Así, en suma, o saben de derecho (medianamente) o no son aptos para ejercer su función judicial.

Aquí no se trata de negar la especialidad, pero sí de reconocer que tiene límites. Uno de ellos, el superior, es la Constitución. Esta está sobre la especialidad y, no nos olvidemos, el problema constitucional no es uno de legalidad. Otra cosa es, y el Gobierno no tiene interés alguno en enfrentarlo, que la administración no tiene los medios para hacer cumplir la ley. Basta recordar que la Superintendencia de Salud confesó que “no contamos con el personal suficiente, ni con los medios tecnológicos, ni con los sistemas de información adecuados para atender ese gran volumen de solicitudes que nos hacen los ciudadanos por todo el país”[1]. El presidente nos dejó en claro que su interés es adelgazar al Estado… las conclusiones las pueden sacar ustedes.

---

*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.

Foto obtenida de: Defensoria del pueblo

[1] Fuente: Página web RCN Radio. Noticia: Supersalud admite que no cuenta con capacidad de respuesta para usuarios. https://www.rcnradio.com/salud/supersalud-admite-que-no-cuenta-con-capacidad-de-respuesta-para-usuarios