

**A raíz del caso Petro, esta mirada de conjunto a la tutela en la historia jurídica, política y social de los últimos años, con sus más, con sus menos, y con las carambolas que hicieron de ella una manera mala de lograr cosas buenas.**

Hernando Gómez Buendía\*

### **Debate por rebote**

En los países civilizados existe un único juez competente para decidir quién tiene la razón en cada pleito. Pero en Colombia el lío empieza porque no se sabe cuál es el juez facultado para decir la última palabra en un litigio.

El “caso Petro” es un ejemplo perfecto de ese lío. Y esta semana la novela se enredó con el [fallo](#) de tutela de la Sala de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá que ordenó al presidente Santos aplicar las medidas cautelares que en un capítulo de hace tres semanas había dispuesto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Por esta vía truculenta -como son todas las “noticias” de Colombia- los medios, los candidatos y los analistas han reabierto el debate sobre los usos y abusos de la acción de tutela que se creó en 1991 y que lleva 22 años en funcionamiento. El debate por rebote tiene dos malos efectos:

**La figura central de la historia jurídica y social de los últimos 20 años, como también la figura-prototipo de esa gran confusión que es Colombia.**

- que se reduzca o esté condicionado al “caso Petro”, y
- que el debate, por lo mismo, no va a acabar en nada.

Pero la noticia sirvió para poner sobre el tapete la figura central de la historia jurídica y social de los últimos 20 años, como también la figura-prototipo de esa gran confusión que es Colombia.

Con el pretexto de la “Petro-novela”, trataré pues de argüir que la tutela es una mala manera de lograr cosas buenas Y que a estas alturas no es posible botar el agua sucia sin botar al bebé de la bañera.

Manifestaciones en la Plaza de Bolívar en apoyo al Alcalde Petro.

Foto: Andrés Monroy Gómez – El Turbión

### **Del *habeas corpus* a la tutela**

En los países civilizados, aquel principio de un único juez competente se complementa con otra idea igualmente necesaria: hay cosas tan sumamente delicadas que solamente un juez puede decidirlas. Y como en esos países no se estilan los “falsos positivos”, la cosa más delicada que puede hacer un agente del Estado es privar de libertad a un ciudadano.

Ese es el origen del *habeas corpus*, que se remonta al siglo XII en Inglaterra, y que impide encarcelar a una persona sin una orden previa o revisión inmediata por parte de los jueces. En el lenguaje de hoy, se trata de proteger el derecho fundamental a la libertad personal de los abusos por parte del Estado.

La mayoría de los países serios se quedaron con el *habeas corpus*, pero los hispanoamericanos nos dimos a extender la figura en varias direcciones. El paladín fue México con su “recurso de amparo” (constituciones de 1857 y de 1917), que permite invocar la protección judicial de los “derechos humanos” cuando sean amenazados por las autoridades.

En Colombia existía el *habeas corpus*, y existían también otras figuras para garantizar la vigencia de los derechos plasmados en la Constitución de 1886. Me refiero en especial a las llamadas “acción” y “excepción” de inconstitucionalidad, que todavía existen y permiten *abstenerse de aplicar una ley* cuando con ello resulte lesionado algún derecho de los ciudadanos.

Pero la Constitución de 1991 (o para ser precisos, el gobierno de entonces) sacó el balón del estadio:

-Primero porque no se trata de un *recurso* (como el de amparo) que se interpone ante el juez del proceso, sino de una *acción* o de un pleito separado para exigir la atención de un derecho (como decir el derecho a la salud).

-Segundo porque más allá del encarcelamiento arbitrario o aún de los “derechos humanos” (como en México), la tutela se aplica al extenso listado de “derechos fundamentales” establecidos por la Constitución, los tratados internacionales o la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Estos derechos van desde el *habeas corpus* o el derecho a la vida hasta el derecho al amor o “a la vigencia real de la constitución”, pasando por los derechos a elegir y ser elegido, a la honra, a conservar el empleo, al debido proceso, a la defensa, o a impugnar las decisiones judiciales, que son los más cercanos al caso Petro.

-Tercero porque cualquier acción de tutela se puede interponer ante cualquier juez de la República.

-Cuarto porque la acción no cabe solo contra abusos o decisiones de las autoridades sino también contra actos de los particulares.

-Quinto porque es de fácil acceso, tramitación sumaria (10 días hábiles para el fallo) y aplicación inmediata (no más de 48 horas).

-Y sexto porque tiene carácter prioritario y sanciones severas para el juez, funcionario o particular que se haga el remolón.

### **De la tutela a la tutelitis**

A estas alturas no es posible botar el agua sucia sin botar al bebé de la bañera.

Por esas razones tan simples, la tutela se volvió muy popular: [pasamos](#) de 10.732

acciones interpuestas en 1992 a 405.359 en 2013, un aumento del 3.800 por ciento y un total de más de seis millones de tutelas.

Dicho en palabras sencillas: en Colombia no existe la justicia sino apenas la tutela. En un país con más de dos millones de procesos represados y donde ningún pleito se resuelve en menos de 238 días (o donde puede demorar 10 años), era obvio que la gente se iba a volcar sobre esa vía *express* que es la tutela.

- Por eso si su abogado no encuentra el modo de tramitar su caso por esta vía -sea el caso que sea- yo le sugiero que cambie de abogado.
- Por eso con la ayuda de nuestros jueces y juristas creativos, se ha ido ampliando el campo de aplicación de la tutela.
- También por eso hay el riesgo de abusos...pero no hay modo claro de aclarar si hubo abuso.

El Presidente Juan Manuel Santos.  
Foto: Presidencia de la República

### ***Un paréntesis por Petro***

Como en el caso Petro:

- ¿Será que ser alcalde es un “derecho fundamental”?,
- ¿O que la destitución del elegido viola un derecho fundamental del elector?;
- ¿Estuvo bien que los electores afectados presentaran...325 tutelas clonadas para que siquiera uno de los jueces asignados por sorteo estuviera de su lado?;
- ¿Será que en un país de amigos, las partes acudieron con los ojos vendados al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al Superior de Bogotá (Sala de Restitución de Tierras – no de alcaldes), al Consejo Superior de la Judicatura, al Consejo de Estado, a la Corte Constitucional (y hasta a la CIDH)?;
- ¿Será que existe el “derecho fundamental” a que el presidente cumpla la orden de una entidad como esta Comisión?....en fin, preguntas para dar y convidar entre los rábulas que viven de estas cosas.

Pero el caso de Petro no es toda la tutela ni es apenas la tutela:

- Es la tutela ejercida por altos funcionarios contra altos funcionarios con visos claramente ideológicos.
- Es la tutela cambiada y alargada a medida que avanza la telenovela.
- Es la politización descarada de los jueces y las cortes.
- Es el no cumplir la ley o el uso oportunista de la ley por parte del Procurador General de la Nación, del Alcalde Mayor de Bogotá y del Presidente de la República en campaña electoral.
- Y, no menos, es la confluencia (“accidental”, dirían los optimistas) entre cinco ideas malas que tuvieron los constituyentes del 91: (1) La de un Procurador descontrolado como telón de fondo (según creó haber mostrado en **Razón**

**Pública**); (2) La revocatoria del mandato (como argüí en [otro artículo](#)); (3) La babilonia de jurisdicciones, altas cortes y organismos de control donde nadie sabe bien cuál es el juez competente (y es el hueco por donde se armó el lío de Petro); (4) La politización de la justicia y los organismos de control, porque así dizque se limpiaría la política (Juan Manuel Charry [lo explicó](#) en esta revista), y (5) La tutela. Mejor dicho: *tal vez* la tutela.

### **Los problemas y los críticos**

Más allá de la “petri-ficación” de la tutela, hay que decir que sus (presuntos) abusos han servido a los críticos para pedir reformas que corrijan sus tres efectos nocivos principales: la congestión de los juzgados, los choques de trenes y el alto costo fiscal de muchas decisiones (esta clasificación es de [Mauricio García y Rodrigo Uprimny](#)). Pues bien:

- La congestión es el efecto de la “vía express”, el resultado de que la tutela hubiese reemplazado a la justicia en Colombia. Esto no es malo en tanto se hace justicia, pero sí es malo en tanto nos obliga a “tutelizar” todos los casos, y en tanto impide atender las muchas otras vías o motivos que pide la justicia en una sociedad civilizada.

- El choque de trenes se refiere a las tutelas contra sentencias judiciales y a los encontronazos entre las altas cortes. Esto es malo por la inseguridad jurídica y porque no hay quien diga la última palabra -como en el caso Petro-. Pero no es fácil arreglar este entuerto sin llevarse de calle un ingrediente clave de la Constitución del 91: el control constitucional “difuso” (vigilancia ejercida por todos los jueces) en lugar del control “concentrado” (donde vigila un solo tribunal) como hacía la Corte Suprema hasta 1991 (y como se hace en muchos países civilizados).

- Y queda el argumento con más carga política -y económica, y social-: el de los costos fiscales que implica la tutela. El caballito de batalla ha sido por supuesto la salud, pues casi el [30 por ciento](#) del total de las tutelas exigen algún servicio costoso de salud (si no fuera costoso, ¿para qué la tutela?) y porque aquello de “la salud de calidad para todos”, en [mi opinión](#) no es posible mientras hablamos de medicina curativa y en ausencia de un [pacto social alternativo](#).

Y sin embargo hay que añadir otras dos cifras, a saber: (1) que el 45 por ciento de todas las tutelas se refieren al derecho de petición, o sea que la gente debe acudir a un juez para lograr que algún burócrata conteste, y (2) que el 71 por ciento de la tutela [en salud](#) piden drogas, tratamientos o servicios que habrían de ser automáticos porque están incluidos en el Plan Obligatorio (POS). Es decir que el asunto de fondo no es el exceso de tutelas sino el exceso de irrespetos a los derechos fundamentales de los colombianos.

### **La batalla política**

La tutela es entonces, como dije, una mala manera de lograr cosas buenas. Por eso estamos abocados a un debate confuso e insincero: los que se resisten a esas cosas buenas no ven sino los lados malos de la tutela, y los que quieren esas cosas buenas se aferran a los males de la tutela.

Esto se debe en parte a que la tutela también llegó de agache a la vida colombiana. Los constituyentes del 91 no la debatieron mucho, y en un Artículo Transitorio se limitaron a revestir al presidente de facultades para... “ b) Reglamentar el derecho de tutela”. De modo que fue [el Decreto 2591 de ese año](#) el que en efecto dotó de tanta fortaleza a esta figura.

Sólo que, “de carambola”, los constituyentes sí habían debatido y apuntalado el otro par de piezas del mecanismo que -por rebote- habría de dar vigencia a la Constitución: una lista muy larga de derechos y una Corte Constitucional que aseguró la tutela y vino a liderar lo que yo llamo “el partido de la Constitución”, el de los progresistas de Colombia.

**Dicho en palabras sencillas: en Colombia no existe la justicia sino apenas la tutela.**

La cosa buena, la de los progresistas, es por supuesto un país donde sean respetados los derechos de todos. Pero muchos de esos derechos tienen costos, y el Estado tendría que pisar callos o cobrar impuestos para garantizarlos. Esto supone todo un “pacto social” y un entramado de instituciones (para abreviar, las del “Estado benefactor”) como sucede en los países civilizados

En vez de todo eso, en Colombia tenemos la tutela que en estos veinte años ha sido el instrumento principal y casi el único eficaz de las luchas populares, de las conquistas sociales y del avance hacia una sociedad menos excluyente, menos sexista, menos racista, menos desigual, menos injusta y menos brutal.

Pero del otro están los que tienen los callos o pagan los impuestos, que por lo mismo detestan la tutela e integran el partido de la anti-constitución. Desde Londoño Hoyos cuando Uribe llegó a la Presidencia, los críticos de la tutela han usado sus defectos – pero también argumentos de razón- para proponer ajustes que en efecto equivalen a recortes que a su turno bordean su desmonte:

- Condiciones más estrictas para ejercer la acción de tutela;
- No aplicación a los fallos judiciales,
- Que la Corte Constitucional actúe como “tribunal de cierre”,
- Que algunos casos sobre derechos fundamentales vayan por otras vías (como la “casación” ante la Corte Suprema), y
- Sobre todo, que las tutelas le cuesten menos al Estado.

Y estamos en Colombia, así que el primer gran “tate-quieto” a la tutela ya se hizo, pero se hizo de lado, de agache y de a poquitos: el Acto Legislativo 03 de 2011 consagró el principio de “sostenibilidad fiscal”, de modo que con el paso del tiempo

los jueces tendrán que ir tutelando el derecho del fisco a no costear los derechos del pueblo colombiano. ¡Oh patria del Sagrado Corazón!

**\*Director y editor general de Razón Pública. Para ver el perfil del autor, haga clic en este [enlace](#).**

<http://www.azonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7584-la-tutela-y-el-enredo-de-colombia.html>