

Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría
Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en
Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)
Papers

1-1-2005

El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia

Julieta Lemaitre

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation

Lemaitre, Julieta, "El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia" (2005). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 43.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/43

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

Por Julieta Lemaitre Ripoll
SELA 2005 Derecho y Pobreza

Panel 2: Las estrategias institucionales para erradicar la pobreza

El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia

Todas las mañanas el protagonista del *El Coronel No Tiene Quien le Escriba* va al puerto de su pueblo a la espera de la llegada del correo, y todas las mañanas regresa a su casa confirmando una vez más que su pensión de jubilación militar no ha llegado. La espera interminable trae consigo la degradación cotidiana, el hambre y la desesperación hasta que al final de la historia sólo la remota posibilidad de que el único gallo fino que le queda gane una pelea se convertiría en su último recurso de subsistencia, más accesible que el recibo de la pensión. En la última escena la esposa del Coronel, resignada a la espera del día de la pelea, le pregunta, “Y, mientras tanto, ¿qué vamos a comer?”¹

En 1992 la recién inaugurada Corte Constitucional Colombiana decidió un caso similar al del cuento de Gabriel García Márquez. El demandante era un anciano de 69 años que aún no había recibido siquiera respuesta de la entidad estatal responsable de pagar su pensión, la Caja Nacional de Previsión, Cajanal. Había perdido su vivienda por no tener con qué costearla, y vivía con un hijo que lo mantenía con dificultad. No tenía ningún medio económico para subsistir y requería de una operación urgente para no perder la vista, operación que no podía pagar sin la pensión.² La esperanza de ganar la demanda contra Cajanal era quizá tan remota como la del Coronel de ganar la pelea de gallos, pero en el caso de la vida real, funcionó: la Corte concedió

¹ El Coronel le responde: Mierda. Gabriel García Márquez, *El Coronel no tiene quien le escriba*, Editorial Norma, Bogotá, 1991.

² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992.

las pretensiones de la demanda por considerar que se había violado un derecho fundamental, el derecho innominado al mínimo vital.³

En los años que siguieron a esta demanda la Corte ha fallado favorablemente cientos de casos similares, y al hacerlo ha desarrollado una doctrina sólida sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en ciertas circunstancias. Eventualmente los fallos contra Cajanal fueron una pieza fundamental en la reforma legal que reformó el sistema y garantizó el pago de las pensiones atrasadas. La Corte ha invocado el mínimo vital además en casos de mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social⁴; la mora en el pago de salarios;⁵ el despido de mujer embarazada;⁶ la falta de prestación de servicios de salud al trabajador por negligencia de su empleador al no pagar seguro o por negligencia de la entidad prestadora de

³ Es un derecho innominado porque no está en la Constitución sino que se desprende de los derechos fundamentales especialmente el derecho a la vida y a la dignidad.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de pensiones T-426 de 1992; T-005 de 1995; T-144 de 1995; T-147 de 1995; T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076-96, T-323-96, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997; SU-022 de 1998; SU-430 de 1998; T-07 de 1998, T-120ª de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T-1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, SU-062 de 1999, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T-1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004. Sentencias de no pago de la licencia de maternidad: T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de 1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-205 de 1999 T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, y T-390 de 2004.

⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de salarios: T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-174 de 1997, T-529 de 1997, T-144 de 1999, T-502 de 1999, T-679 de 1999, SU-995 de 1999, T-121 de 2001, T-132 de 2001, T-399 de 2001, T-418 de 2001, T-435 de 2001, T-436 de 2001, T-438 de 2001, T-458 de 2001, T-481 de 2001, T-481 de 2001, T-541 de 2001, T-614 de 2001, T-626 de 2001, T-630 de 2001, T-698 de 2001, T-700 de 2001 T-725 de 2001, T-734 de 2001, T-1156 de 2001, T-148 de 2002, T-115 de 2002, T-594 de 2002, T-162 de 2002, T-1023 de 2003, T-1049 de 2003, T-192 de 2003, T-222 de 2003, T-552 de 2004, T-541 de 2004, T-505 de 2004.

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-238 de 1998, T-283 de 1998, T-286 de 1998.

servicio⁷ y la exclusión de medicamentos y tratamientos del Plan Obligatorio de Salud cuando la Corte considera que esta exclusión amenaza el derecho a la vida o a la integridad física.⁸

Con esta protección del derecho al mínimo vital la Corte creó un mecanismo judicial singular que se toma en serio la desprotección de los pobres frente a los poderosos, como es el caso del pensionado ante el Estado que no le paga. Las características de la acción de tutela colombiana y el desarrollo de la jurisprudencia sobre mínimo vital han producido una institución que brinda a los pobres la posibilidad real de acudir a un juez para resolver problemas de subsistencia causados por el incumplimiento de las obligaciones de los poderosos, especialmente del Estado, pero también de particulares en algunos casos. Es un proceso accesible y rápido, donde el juez debe fallar en equidad y está abierto sólo para demandantes pobres. Con ello se distribuye por primera vez el acceso al servicio de justicia para beneficiar a los pobres.

Este tipo de experimento institucional puede parecer como un desarrollo menor en la lucha contra la pobreza, comparado con los grandes debates filosóficos y políticos sobre las obligaciones del Estado. Sin embargo dichos debates dejan de lado el hecho central de la ineficacia del derecho, especialmente en países pobres como Colombia.⁹ La ineficacia no es un problema coyuntural que se resolverá con el paso del tiempo, sino que está en el meollo mismo del diseño institucional, y permite mantener el status quo de injusticia al tiempo que se apropia

⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias SU 562 de 1999, T-497 de 1997.

⁸ Algunos casos son: el tratamiento del SIDA Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998, del cáncer T-283 de 1998, con parálisis cerebral T-286 de 1998 que necesitan equipos ortopédicos T-597 de 1993, o intervenciones quirúrgicas T-571 de 1998.

⁹ Con esta propuesta espero desarrollar una idea inicialmente presentada por Rodolfo Arango, a saber, que el mínimo vital es un aporte del constitucionalismo Colombiano al desarrollo de los derechos humanos en sociedades “no bien ordenadas”, es decir, en “sociedades caracterizadas por situaciones estructurales de desigualdad y de disfuncionalidad de los mecanismos democráticos.” Sin embargo, a diferencia de Arango, y en general de quienes defienden la tutela para derechos sociales no pienso que el aporte del constitucionalismo Colombiano radique principalmente en la justiciabilidad de estos derechos, sino en la democratización efectiva del acceso a la justicia.

del discurso internacional de moda –cualquiera que sea- sobre las obligaciones del Estado. La ineficacia, y su apariencia de problema menor, perpetúa así en el siglo XXI, y con el pretexto del subdesarrollo, el esquema colonial de “la ley se acata pero no se cumple,” mediante el cual se ignoraban las órdenes inconvenientes de la Corona, como la de moderar la explotación de los indígenas en las encomiendas, y que hoy explica la inaplicación de las normas que ordenan moderar los abusos de los poderosos.¹⁰ La impotencia de los pobres frente a esta situación es una de las experiencias de la vulnerabilidad ligadas a la falta de recursos, y explica su desconfianza en un sistema de justicia injusto.

I. La injusticia del sistema de justicia

La injusticia de la pensión que no llega, y sobretodo, de la impotencia de los pobres¹¹ frente a este tipo de situaciones, es un ejemplo de lo que llamo la injusticia básica del sistema de justicia. La injusticia básica es que en principio los pobres no pueden exigir ni siquiera los derechos que tienen según la ley, primero, porque los procedimientos del sistema de justicia ordinaria no están a su alcance, por ser demasiado caros, y dispendiosos; segundo, porque en los conflictos entre

¹⁰ En este artículo utilizaré las dos categorías “pobres” y “poderosos” sin adentrarme demasiado en definiciones; en cambio espero que a través de los ejemplos pueda comunicar el contenido de estas dos categorías para efectos del argumento que aquí se presenta.

¹¹ A diferencia de lo que sucede en la tradición constitucional inspirada en los Estados Unidos, donde los derechos están fincados en identidades irrenunciables (negro, mujer, homosexual) en la discusión sobre los derechos sociales los derechos están fincados no en una identidad sino en una situación coyuntural. Ello dificulta pensar los derechos sociales desde la tradición constitucional estadounidense donde la identidad y la no discriminación son pilares de la concepción de los derechos, ya que la teoría está dominada por una larga tradición de conceptualización de indicadores de justicia basados en la identidad, pero no en situaciones contingentes como la pobreza. Además, claro, influye la ideología individualista y de “responsabilidad individual” del neoconservadurismo dominante. Como contraste interesante está la diferencia de principios en la responsabilidad extra-contractual: mientras que en Colombia el caso de “un niño que se ahoga” y quien sabiendo nadar no lo salva conlleva responsabilidad, en los Estados Unidos no hay deber de rescatar, ni siquiera por parte del Estado, ver *De Shaney v. Winnebago County Dep. of Soical Services* 489 US189, 109 S.Ct.998 (1989).

pobres y poderosos, el diseño del sistema mismo, por su pretendida neutralidad, favorece a los poderosos.¹²

La experiencia de la pobreza es además de la carencia de recursos, la experiencia de la vulnerabilidad vital frente al poderoso, sea el Estado o sea un particular, vulnerabilidad e impotencia que obliga a aceptar que no es posible exigir y obtener ni siquiera aquello a lo cual se tiene derecho. La reacción cotidiana del pobre, además de la resignación, es acudir a redes de patronazgo y clientelismo, para que contando con suerte y a cambio de lealtad o de una comisión, lograr que el patrón o el caudillo interceda a su favor. Acudir a las autoridades en busca de justicia es entonces un privilegio de clase, ya que para hacerlo es necesario tener recursos y tiempo, y los pobres carecen de ambos.

La cultura popular expresa la convicción profunda de que el acceso a la justicia no le llega a los pobres, independientemente del derecho que tengan. La desconfianza y temor frente a la Policía y los jueces es profunda. Y se refiere no sólo a las arbitrariedades cometidas al interior, o en los márgenes, de un proceso penal, sino además ante la dificultad de obtener justicia a través de un proceso civil, a la impotencia frente a las demoras y los costos, la sospecha permanente de la corrupción del juez. Estas verdades de la cultura popular encuentran además respaldo en los datos que justifican los esfuerzos de reformar el sistema judicial.

¹² Esto no sucede sólo en los países pobres. El artículo clásico de Marc Galanter "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change," 9 *Law & Society Review* 95 (1974) describió como esta situación ocurre también en los Estados Unidos, y ha motivado muchos esfuerzos de investigación sociolegal y de activismo reformista. Ver por ejemplo la edición de 1999 del *Law and Society Review* donde se recogen una serie de artículos presentados en el simposio de la Universidad de Winsconsin del mismo año llamado: Do the haves still come out ahead y dedicado a este influyente artículo.

En este contexto, ¿qué quiere decir la pregunta por las estrategias institucionales que buscan, desde la justicia, erradicar la pobreza? Para responder la pregunta es necesario partir de la premisa que no es el sistema de justicia el principal responsable de la lucha contra la pobreza, por razones que han sido ampliamente debatidas, pero particularmente porque el juez tiene muy poca capacidad para ordenar cambios estructurales, ninguna capacidad de ejecución, y muy poca capacidad de seguimiento y vigilancia de la ejecución de sus órdenes. No obstante, hay estrategias que es posible adoptar para que el sistema de justicia sea más sensible, y más responsable, frente a la desprotección cotidiana de los pobres. Una de estas estrategias es la adopción de reformas que acerquen la justicia a los pobres, no sólo en términos de acceso en igualdad de condiciones sino incluso privilegiando sus necesidades.

Priorizar las necesidades de los pobres implica la creación de un mecanismo que permita a la justicia atender primero a los pobres, de tal manera que compense la falta de recursos para litigar, especialmente en los conflictos entre los pobres y los poderosos, conflictos en donde más se experimenta la vulnerabilidad vital causada por la pobreza. Este mecanismo tendría parecido a la acción afirmativa en cuanto tiene en cuenta el status del accionante para compensar su debilidad frente al demandado, dejando de lado una pretensión de neutralidad que en la práctica favorece a los poderosos. Un mecanismo tal puede parecer completamente utópico y poco práctico pero no es una quimera. Existe en Colombia, a través del desarrollo jurisprudencial de la tutela por amenaza al derecho al mínimo vital.

II. Estrategias para una justicia más justa

La falta de acceso a la justicia es un problema tanto en países ricos como en países pobres. Sin embargo las posibilidades institucionales para cambiar esta situación son diferentes en uno y otros, por factores como la estructura estatal, la cultura jurídica, y sobretodo, los recursos disponibles. El contexto es determinante en cualquier discusión sobre las estrategias judiciales para erradicar la pobreza en sociedades donde el Estado es débil, la rama judicial lo es aún más, la desigualdad social es aberrante, y los pobres son la mayoría de la población. De ahí que las estrategias institucionales para erradicar la pobreza en Alemania que en Colombia, en Estados Unidos que en Ecuador. Es decir, la discusión sobre la obligación de erradicar la pobreza, el rol del sistema de justicia, los derechos sociales, el poder judicial, etc., no debe darse como si fuera posible discutir estos temas de una manera “transnacional,” desconociendo el contexto desde el cual se habla.¹³

Por lo tanto, en este artículo me refiero principalmente a la injusticia del sistema de justicia en Colombia, asumiendo que puede, en parte, ser aplicable a sociedades con problemas similares.¹⁴

En Colombia, el reconocimiento de la injusticia del sistema de justicia no es nuevo, y ha sido enfrentado con anterioridad. Sin embargo las estrategias, como se verá a continuación, no proponen una reforma de la justicia que se tome en serio este problema. Las estrategias utilizadas han sido principalmente tres: la primera es la estrategia de reformar la justicia; la segunda es la

¹³ Si bien es cierto que es común reconocer la especificidad del contexto, es raro, y por lo general difícil, desarrollar las implicaciones de esta situación para la teoría constitucional. En Colombia, por ejemplo, la discusión académica sobre la responsabilidad de la justicia frente a los pobres ha girado en gran parte en torno al concepto del Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución de 1991 y a la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales en sintonía con la teoría constitucional transnacional. Las consideraciones sobre las diferencias de contexto y su impacto teórico son mínimas. Por dar dos ejemplos accesibles a través de las bases de datos electrónicas, ver, por ejemplo: Manuel José Cepeda, “Judicial Activism in a Violent Context: the Origin, Role and and Impact of the Colombian Constitutional Court” *3 Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 529 y Rodolfo Arango “Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy” *16 Ratio Juris* 141 (Junio 2003).

¹⁴ No incluyo en esta lista el litigio de interés público, fenómeno que es muy nuevo aún en Colombia y muy escaso. En todo caso se da dentro del marco del nuevo constitucionalismo.

estrategia de brindar servicios legales gratuitos a los pobres y la tercera, el nuevo constitucionalismo, de donde surge la tutela por mínimo vital.

II.1. Los pobres en la reforma a la justicia

Las reformas a la justicia proponen beneficiar a los pobres de manera indirecta. Se justifica la reforma a menudo señalando la falta de acceso de las personas corrientes al sistema como uno de los males a erradicar. Sin embargo, beneficiarlos no es el objetivo principal de las reformas a la justicia.¹⁵ En la lógica de la reforma, aunque la falta de acceso de las personas corrientes a la justicia sea importante, no es la justificación principal; la justificación principal es que la reforma es un instrumento de desarrollo. Así, los pobres son los beneficiarios eventuales de una estrategia de desarrollo más amplia que incluye la reforma judicial como uno de sus instrumentos.

En efecto, para los proponentes de la reforma judicial la inoperancia del sistema no es sólo efecto sino además causa del subdesarrollo, no porque los pobres sufran, sino porque obstaculiza la inversión y los mercados. Por lo tanto, la justificación principal de la reforma judicial es que el desarrollo económico necesita de la seguridad en el cumplimiento de contratos, el mantenimiento de los derechos de propiedad, y el control de la corrupción, todo ello con el fin de beneficiar la inversión privada y el buen funcionamiento de los mercados. En esta lógica los pobres se benefician de dos maneras: se benefician porque hay más empleo y mejores servicios, y se

¹⁵ Ver Thomas Carothers "The Many Agendas of Law Reform in Latin America" en The Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform, editado por Pilar Domingo y Rachel Sieder, Institute of Latin American Studies, London, 2001. Joseph Thome "Heading South but Looking North: Globalization and law Reform in Latin America" 3 Wisconsin Law Review p.691 (2000); Linn Hammergren Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where We are And Why We Haven't Made More Progress at <http://www.undp-pogar.org/publications/judiciary/linn2/sources.html>.

benefician de un sistema de justicia que funciona mejor en general. Pero el objetivo principal no son los pobres, y en general, no los han beneficiado.

II.2. Los pobres como beneficiarios de los servicios legales

A diferencia de la reforma judicial, el objetivo de los servicios legales gratuitos es beneficiar a los pobres de manera directa, brindándoles acceso a servicios legales gratuitos, en especial a través de las clínicas legales de las universidades, pero también con otras formas de servicios legales gratuitos ofrecida por agencias estatales. En Colombia, por ejemplo, los estudiantes de derecho deben obligatoriamente prestar un servicio legal gratuito a través de los Consultorios Jurídicos, y además hay entidades especializadas como la Defensoría del Pueblo o las Inspecciones de Trabajo que brindan orientación legal a los pobres. Sin embargo, estos servicios legales son perennemente insuficientes para satisfacer la demanda y su calidad es cuestionable.

A pesar de que la estrategia de los servicios legales sí busca beneficiar directamente a los pobres, sigue, como la reforma judicial, sin tomarse en serio la injusticia básica, ya que no plantea la transformación del sistema sino que ofrecen recursos (abogados) a los pobres para mejorar su situación, sin alterar la estructura del sistema: la administración de justicia sigue igual.

II.3. Los pobres en el nuevo constitucionalismo

El nuevo constitucionalismo que surge en Colombia a partir de 1991 incluye, como un aspecto importante de su antiformalismo,¹⁶ el compromiso con la protección de los derechos humanos. La positivización de los derechos a través de la nueva carta, y de mecanismos para su aplicación directa, gira en torno al concepto alemán del Estado Social de Derecho, según el cual los derechos sociales y los civiles están y deben estar integrados. Darle la misma importancia a los derechos sociales que a los civiles ha implicado el desarrollo de una doctrina constitucional tanto sobre el contenido de las obligaciones “meramente programáticas” del Estado, como sobre la justiciabilidad individual de ciertos derechos sociales.

En la doctrina de la Corte, especialmente a partir de 1997, con la sentencia SU-111¹⁷, el problema central de la justiciabilidad es un problema de capacidad del Estado, asumiendo siempre que los recursos son escasos para cumplir con obligaciones de corte social. Desde la primera sentencia la Corte insiste en que la garantía de los derechos sociales está limitada por la escasez de recursos, lo cual implica una labor de establecer prioridades que no es de competencia principal de los jueces sino de otras ramas del poder.¹⁸ De ello no se desprende la ausencia total de justiciabilidad sino una limitación de los casos en los que los jueces pueden y deben ordenar la acción del Estado, y el elemento crítico es la capacidad del Estado para socorrer.

Con ello la Corte, a pesar de indicar un camino interesante a seguir, muestra la limitación fundamental del nuevo constitucionalismo en su desarrollo de un derecho social: como en el

¹⁶ Diego López, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Editorial Legis, Bogotá, 2004.

¹⁷ Esta sentencia resuelve el no pago de pensiones por parte de una entidad departamental, donde el no pago tiene una relación directa con la corrupción de los gobiernos departamentales anteriores que habían dejado al departamento sin dinero para pagar. La Corte insta al ejecutivo a resolver el problema estructural, e insiste en la importancia de la prudencia judicial frente a la incapacidad de la entidad estatal de pagar las deudas.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 426 de 1992.

derecho internacional, se definen los derechos sociales en relación a la escasez de recursos, cosa que no sucede con los derechos civiles y políticos. Así, a pesar de la retórica que acepta que tanto los derechos civiles como los derechos sociales generan gastos, y que ambos son igual de importantes, la definición misma de los derechos sociales es diferente a la de los derechos civiles y políticos.

En otras palabras, los derechos sociales existen sí hay los recursos mientras que los derechos civiles existen así no haya los recursos. Las limitaciones en la implementación de los derechos civiles y políticos no se concibe en estos otros temas como un problema de la definición de la naturaleza de la obligación, sino como un problema presupuestal. Así, por ejemplo, la incapacidad del Estado colombiano de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a los ejércitos irregulares no se concibe como una cuestión de recursos escasos que define la naturaleza de la obligación del Estado, sino como un problema de implementación de una obligación incuestionable. Otro ejemplo es la detención prolongada por falta de recursos para definir rápidamente la situación jurídica del detenido. Lo mismo sucede con la garantía de las elecciones libres, sin importar su costo, o en la protección de la propiedad privada a través de la policía y del sistema penal, ambos bastante costosos. Pero cuando se trata de aplicar el mismo criterio a los servicios de salud o de educación, entonces la falta de recursos esta inscrita en la misma definición de la obligación estatal.

Este marco para presentar el problema de la pobreza y el sufrimiento que genera, refleja los vínculos estrechos del nuevo constitucionalismo con las definiciones liberales del papel del Estado formadas durante la guerra fría, y limita seriamente el compromiso del nuevo

constitucionalismo con los pobres. Según estas definiciones, la función del Estado es garantizar las libertades, concebidas por definición como un no-hacer del Estado, así sea evidente que requieren un esfuerzo presupuestal. El gasto para garantizar las llamadas libertades aparece como meramente natural; es lo que hace un Estado “por definición”. En cambio el gasto social aparece como un “extra”. El nuevo constitucionalismo, a pesar de su compromiso con el Estado Social de Derecho, por lo general adopta este acercamiento al estado como la forma natural y necesaria de la democracia, y el mejor sistema para hacer realidad las aspiraciones de justicia y convivencia social.¹⁹ No obstante lo anterior, dentro de su misma doctrina, aparece, a manera quizá de experimento de las posibilidades institucionales de la democracia, un mecanismo como la tutela por mínimo vital, que deja entrever las posibilidades de pensar el Estado de otra manera.

III. La tutela colombiana como experimento democrático

Frente a esta aparente naturalidad de las instituciones, que limitan la capacidad de oponerse a ellas, Roberto Unger tiene un planteamiento general sobre el experimentalismo democrático que permite pensar en la ampliación del repertorio institucional de la democracia, más allá de los estrechos límites del liberalismo de la post- guerra fría. Roberto Unger propone la fórmula del experimentalismo democrático como una manera de acercarse a la práctica institucional que materializa los ideales de justicia.²⁰ El experimentalismo democrático implica aceptar que no

¹⁹ Hay dos desarrollos conceptuales de la Corte que van en sentido opuesto: el primero, es la afirmación de la Corte que los derechos sociales tienen un núcleo básico y un área de desarrollo progresivo, y que el núcleo básico es justiciable (concepto de “erradicación de las injusticias presentes”). Esta doctrina se crea a partir de un caso donde la Corte ordena al Estado brindar las vacunas básicas a niños de escasos recursos en Bogotá. Ver Corte Constitucional Sentencia SU -225 de 1998, reiterada en T-177 de 1999, T-772 de 2003 y C-671 de 2002. El segundo es el concepto del “estado inconstitucional de cosas” que permite a la Corte dar órdenes estructurales por ejemplo para ordenar condiciones dignas para todos los presos de una cárcel. Sentencia T-714 de 1996, T’025 de 1994, Sin embargo, esta no es la tendencia del grueso de la jurisprudencia, donde la capacidad del estado es el tema central.

²⁰ Roberto Unger, Democracy Realized The Progressive Alternative: Verso, London and New York 1998.

existe una sola forma institucional predeterminada para materializar los ideales de la democracia, sino que hay muchas variaciones posibles. El objetivo es experimentar, evaluar, y aprender de las diferentes prácticas institucionales, para acercarse constantemente a la práctica a los ideales, de forma cotidiana y sin necesidad de grandes crisis sociales.

En el caso concreto del derecho y la pobreza, el triunfo ideológico del modelo de desarrollo de los Estados Unidos lleva a una hegemonía liberal que constriñe la posibilidad siquiera de imaginar Estados que prioricen las necesidades de los pobres sin que surjan los espectros de la guerra fría, en particular el del totalitarismo soviético. La experimentación institucional entonces ofrece una medida de libertad para pensar las formas posibles de la democracia y los mercados en los países pobres.

Dentro de esta línea de pensamiento, propongo examinar la experiencia colombiana con la tutela para proteger el mínimo vital como un experimento institucional del nuevo constitucionalismo, pero que va más allá de los límites de lo que se imagina usualmente como natural o posible dentro de una democracia. Evaluar cómo esta institución acerca o no la administración de justicia a los ideales democráticos. La experiencia colombiana con este tipo de tutela, si bien ha sido hasta cierto punto errática y contingente, puede servir para proponer una forma institucional de confrontar –y de tomarse en serio– el problema de la injusticia del sistema de justicia.

La tutela por mínimo vital, considerada como un experimento transforma la práctica institucional del sistema de justicia, concediendo a la situación de pobreza un status privilegiado para la atención de justicia y obligando al juez a dejar de lado la pretensión de neutralidad y en su lugar

asumir un rol social a favor de los pobres. Esto lo logra a través de cuatro aportes significativos que democratizan el proceso judicial. El primero, que no es exclusivo de la tutela por mínimo vital, es hacer más accesible el servicio de justicia para los pobres al eliminar casi todas las barreras procesales que usualmente impiden su acceso. El segundo, permite empoderar al juez para imponer un criterio de equidad real y no formal en la valoración de las pruebas y en el contenido de su decisión. El tercero, considerar la situación de pobreza como una situación que genera derechos, ya que la tutela por mínimo vital sólo puede ser interpuesta por los pobres. El cuarto, resultado de los tres anteriores, es que distribuye en la práctica un bien escaso: el acceso al servicio de justicia.

III.1. Acceso a la justicia por la reforma del procedimiento

El procedimiento de la tutela acerca la administración de justicia a los pobres a través de su accesibilidad, rapidez, y eficacia. Estas características se han discutido ampliamente en la literatura sobre la acción de tutela, así que en este artículo las presentaré de manera apenas sumaria. La tutela es realmente accesible para los pobres porque cualquier juez del lugar de los hechos es competente; todo día y hora es hábil; el procedimiento es gratuito, rápido, y no requiere abogado.²¹ Además le otorga al juez flexibilidad en la apreciación de las pruebas e incluso la posibilidad de invertir la carga de la prueba, lo cual alivia los costos de la demanda.²² Es rápida porque se maneja con criterio de urgencia; el juez tiene diez días para dar el fallo y la

²¹ Colombia, Constitución Nacional Art. 246 y Decreto 2591 de 1991 Art.1 y 14.

²² Se puede tutelar el derecho “prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa si algún medio de prueba del que se pueda deducir grave o inminente violación o amenaza del derecho.” El juez “puede fundar su decisión en cualquier medio probatorio” y “puede proferir el fallo tan pronto llegue al convencimiento” sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas. Colombia, Decreto 2591 de 1991 Art.18.

tutela recibe trámite preferencial sobre las otras actuaciones.²³ Es eficaz porque brinda al juez amplitud en las órdenes para remediar la situación, más allá de lo que pida el accionante, e incluye la posibilidad de arresto por desacato de la orden judicial.²⁴

Otras acciones de protección directa de los derechos constitucionales comparten varias o todas las características que hacen del procedimiento de tutela un procedimiento tan atractivo. Sin embargo, casi todas están limitadas en las causas por las cuales se puede interponer este tipo de acción: quizá la diferencia más radical de la tutela es entonces la libertad judicial para aceptarlas para proteger diversos derechos y para definir el contenido de los derechos constitucionales fundamentales.²⁵ Incluso esta libertad existe cuando hay otro medio de defensa judicial, si es necesario para evitar un perjuicio irremediable.²⁶ Estas características han tenido como resultado el alto número de acciones de tutela interpuestas por los Colombianos: en el 2001, legaron 133,273 tutelas para revisión de la Corte, y esta revisó 1,123.²⁷

²³ Colombia, Decreto 2591 de 1991 Art. 15 y Art.29.

²⁴ Colombia, Decreto 2591 de 1991 Art.52.

²⁵ Colombia, Constitución Nacional Art. 86. No se requiere que el derecho tenga un desarrollo legal para protegerlo pues la Constitución es directamente aplicable. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 92, y T-406 de 92). La tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no por que esté en la lista de la Constitución (T-418 de 1992). Incluso se acepta que hay derechos fundamentales que no están positivizados (Constitución Nacional, Art.94) y cuyo reconocimiento procede en la realidad de cada caso cuando se afecta la dignidad humana y la persona se encuentra en situación de indefensión (T-801 de 1998, T-881 de 2002).

²⁶ Colombia, Constitución Nacional, Art. 86: “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 éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares 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 en estado de subordinación o indefensión.”

²⁷ Manuel José Cepeda, Op. Cit. p. 599.

III.2. Criterio de equidad y su impacto en la valoración de las pruebas y en el fallo

Pero quizá la ventaja más transformadora de la tutela, y la que le da significado a su accesibilidad, es que la tutela empodera al juez para imponer un criterio de equidad.²⁸ En un contexto donde la justicia formal ha imperado tradicionalmente sobre la justicia sustancial, la reglamentación de la tutela es entonces una transformación importante de la concepción del rol del juez: por primera vez, le otorga un rol social, responsable por las consecuencias equitativas de sus fallos.

Esta transformación del rol del juez tiene varios aspectos. En primer lugar, la tutela obliga al juez a reconocer el desequilibrio de poder entre las partes como protagonista de la injusticia, y le asigna la responsabilidad de equilibrar esta situación de vulnerabilidad, especialmente frente al Estado,²⁹ pero también frente a particulares poderosos.³⁰ En segundo lugar, además de reconocer la desigualdad, la tutela le brinda amplias facultades al juez para corregirla. Por ejemplo, le brinda suma flexibilidad en la valoración de la prueba, incluyendo la posibilidad de invertir la carga de la prueba caso por caso.³¹ Además, no hay límite taxativo a los derechos o las situaciones por los que puede proceder la tutela, y corresponde al juez examinar caso por caso si

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, T-002 de 1992.

²⁹ Colombia, Constitución Nacional Art. 246.

³⁰ Colombia, Decreto 2591 de 1991 Art.5 y Art.42. Ver además Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994. La tutela procede contra particulares que presentan un servicio público, por ejemplo la educación, y contra particulares frente a los cuales el demandante está en situación de indefensión. Este segundo criterio o decide la Corte caso por caso, y se acepta por ejemplo en la relación patrono-empleado cuando el empleado es de bajos ingresos.

³¹ Se puede tutelar el derecho “prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa si algún medio de prueba del que se pueda deducir grave o inminente violación o amenaza del derecho.” El juez “puede fundar su decisión en cualquier medio probatorio” y “puede proferir el fallo tan pronto llegue al convencimiento” sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas. Colombia, Decreto 2591 de 1991 Art.18.

hay una violación de derechos; así, el amplio catálogo de derechos protegidos por la tutela, siempre puede ser ampliado judicialmente.³²

La Corte Constitucional además ha podido expandir el empoderamiento del juez de diversas maneras. La Corte en sí misma por diseño institucional maneja bastante poder: la Corte tiene la facultad discrecional de revisar las acciones de tutela decidida por los otros jueces, y esta revisión establece un criterio interpretativo similar a un precedente.³³ Esto se une a que la Corte, a diferencia de los demás jueces que ascienden por carrera judicial, es nombrada por el Congreso, lo cual ha generado una mayor independencia. Estas características se han sumado a la ubicación en la Corte de individuos progresistas que han utilizado su facultad para revisar cualquier tutela, y la obligatoriedad de esta revisión, para crear una jurisdicción constitucional atenta a criterios de justicia material,³⁴ resultando en una transformación importante de la cultura jurídica.³⁵

³² Colombia, Constitución Nacional Art. 86. No se requiere que el derecho tenga un desarrollo legal para protegerlo pues la Constitución es directamente aplicable. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 92, y T-406 de 92). La tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no por que esté en la lista de la Constitución (T-418 de 1992). Incluso se acepta que hay derechos fundamentales que no están positivizados (Constitución Nacional, Art.94) y cuyo reconocimiento procede en la realidad de cada caso cuando se afecta la dignidad humana y la persona se encuentra en situación de indefensión (T-801 de 1998, T-881 de 2002).

³³ Ver pie de página 34.

³⁴ La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece un precedente obligatorio para los fallos de tutela de todos los jueces del país. Este poder, en contra del principio general de que el juez se guía por la ley y no por la jurisprudencia se basa en las siguientes fuentes: primero, la Constitución Nacional establece en su artículo 243 que “Los fallos que dicte la Corte en ejercicio del control jurisdiccional harán tránsito a cosa juzgada constitucional.” Segundo, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 33 reglamenta la revisión de los fallos de tutela. Tercero, en sentencia C-018 de 1993, la Corte Constitucional, declarando la constitucionalidad del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, estableció que la jurisprudencia de la Corte en materia de tutela establece la “cosa juzgada constitucional,” lo cual quiere decir que tiene efecto *erga omnes* y no solo *inter partes*, en virtud del principio de igualdad y del artículo 243 de la CN. Por lo tanto las revisiones de tutela obligan para los casos futuros y no sólo para el caso concreto.

³⁵ Sobre esta transformación, ver: Diego López, op. Cit. Sobre su impacto para los movimientos sociales, ver Mauricio García y Rodrigo Uprimny en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, eds. Emancipación Social y Violencia en Colombia, Editorial Norma, 2004. Sobre su impacto para la vida cotidiana, ver Esteban Restrepo “Reforma Constitucional y Progreso Social: La ‘Constitucionalización de la Vida Cotidiana’ en Colombia” en Roberto Saba (ed.), El Derecho Como Objeto e Instrumento de Transformación, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, pp. 73-88. Ponencia del SELA 2002. islandia.law.yale.edu/sela/restrepos.pdf

III. 3. La pobreza como situación que genera derechos

Además de las ventajas de la tutela en general, la tutela por mínimo vital presenta un interés particular para los pobres ya que le da status constitucional a la amenaza a su subsistencia: la pobreza genera el derecho constitucional a interponer una tutela cuando el incumplimiento de la obligación de un poderoso amenaza la subsistencia de la persona pobre. Es un derecho que no tienen las personas que tienen recursos, y es un derecho a un procedimiento especial, accesible, rápido y eficaz, donde el juez debe fallar con criterio de equidad real y no de igualdad formal.

En la jurisprudencia sobre la tutela en general, para que proceda la acción es necesario que las consecuencias de la acción o inacción del demandado sean graves para el demandante (la urgencia de la situación), y segundo, que el demandante esté indefenso frente al demandado.³⁶

En la tutela para proteger el derecho al mínimo vital la urgencia y la indefensión resultan de la falta de recursos para subsistir, es decir, de la pobreza. Por lo tanto, la Corte rechaza los casos en los cuales no hay urgencia porque las consecuencias no son graves, o en los que las personas no han dado siquiera indicio de que su subsistencia está amenazada.³⁷ Estos dos criterios, la indefensión y la urgencia, son de central importancia para apreciar el aporte de la tutela por mínimo vital para los pobres.

En general, al reconocer la urgencia de la situación y la indefensión del demandante la tutela establece la función social del juez en la defensa de la parte más débil, en lugar de adoptar la

³⁶ Ver, sobre criterios de indefensión y subordinación en la tutela contra particulares: Sentencias T-333 de 1995, T-190 de 1994, T-498 de 1994.

³⁷ Por ejemplo ver las sentencias T-001 de 1997, T-123 de 1997, T-126 de 1997.

tradicional postura de “ceguera” de la justicia frente a las diferencias de poder entre las partes. La tutela por mínimo vital lleva este reconocimiento del desequilibrio de poder al terreno económico. A diferencia del juez ordinario, limitado por la “ceguera” oficial de la justicia, el juez de tutela es capaz de ver que, de no ser por su intervención rápida, la persona pobre está indefensa frente al poderoso. Así, por ejemplo, se reconoce el desequilibrio entre la persona de la tercera edad que vive de su pensión, y la entidad pública que no le paga; el trabajador, y la empresa en mora de pagar los salarios; la persona sin recursos para costearse un tratamiento de cáncer, y su entidad aseguradora que le niega el cubrimiento.

Además de poder apreciar la indefensión, el juez en la tutela de mínimo vital responde a la urgencia de la situación generada por la amenaza a la subsistencia. La tutela por mínimo vital extiende el criterio de la urgencia necesaria para que proceda la tutela a situaciones de pobreza: el criterio para determinar si la persona saldrá perjudicada es que la persona no tenga otros medios de subsistencia que los que se encuentran en juego. Así, la pobreza convierte el incumplimiento del deber del Estado o de un particular en ciertos casos, en una situación de urgencia, donde el juez debe fallar en equidad.³⁸

III.4. La redistribución de la justicia

³⁸ El criterio de urgencia es explorado y justificado por Rodolfo Arango como el elemento central de la justiciabilidad de los derechos sociales. Ver Arango Op.Cit. y Rodolfo Arango. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos” Pensamiento Jurídico N. 8 Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad nacional Bogotá 1997. “El Mínimo Vital como índice de justicia entre particulares” en Antonio Barreto editor, Derecho Constitucional Perspectivas Críticas Universidad de los Andes y Editorial Legis Bogotá 2001. Protección Nacional e internacional de los derechos humanos sociales en Ciudadanía y derechos humanos sociales, Alonso MA y Giraldo J eds. Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2002.

En un Estado débil y pobre el acceso a la justicia es un privilegio. La inversión en la justicia ocupa recursos importante, y la demanda supera su capacidad de respuesta. Al priorizar la atención de los pobres cuando la situación amenaza su subsistencia, la tutela por mínimo vital ofrece una forma de distribuir este recurso escaso (el servicio de justicia) de una manera realista y justa. Realista, porque tiene en cuenta la escasez real del servicio de justicia, así teóricamente sea para todos, y justa, porque prioriza la urgencia y la indefensión de los pobres.

Muchas veces parece que, al analizar la distribución de recursos estatales, no se reconoce el servicio de justicia como uno de estos recursos. Sin embargo la justicia es un servicio del Estado en el mismo sentido que lo es el servicio de salud o el de educación.³⁹ No sólo es un servicio que presta el estado sino que además es un servicio, que como los demás, implica un gasto presupuestal, y por lo tanto, en un Estado pobre y débil, es un recurso escaso. El acceso a la justicia es entonces un problema de distribución de recursos escasos, como lo es en general cualquier acción que implique un gasto estatal en un país pobre.

Ante un recurso escaso, el Estado enfrenta la necesidad de priorizar la prestación del servicio de acuerdo a un criterio de justicia distributiva. En Colombia, por ejemplo, las escuelas públicas sólo atienden a los niños de los grupos poblacionales más pobres, y exigen una prueba de su pobreza⁴⁰ para otorgar un cupo escolar (bien escaso). De manera similar, sólo los más pobres pueden acceder a subsidios para afiliarse al seguro de salud, mientras que los demás deben pagar

³⁹ Como sucede con los otros servicios, los ricos pueden privatizar su acceso al servicio, y de hecho lo hacen en su conflictos entre ricos, por ejemplo con la firma de acuerdos de acudir a tribunales de arbitramento, o a través de los servicios de negociación de las Cámaras de Comercio, o de las negociaciones y arreglos entre abogados, donde el uso de los tribunales se evita o se usa tan sólo estratégicamente. Los pobres, como sucede con los otros servicios, no tienen muchas alternativas viables fuera del servicio del estado, y sobretodo no tienen alternativas legales. (Por ejemplo, acudir a un tribunal de arbitramento es una alternativa legal pero acudir a un padrino poderoso no lo es.)

⁴⁰ Por ejemplo el recibo de pago de de los servicios públicos, que están subsidiados para en los barrios más pobres, indicando el “estrato” de la vivienda. La Corte declaró que este arreglo en la sentencia C-566 de 1995.

las cuotas del seguro. En un sistema con criterio de justicia distributiva, la obligación principal del Estado es prestar servicios a quienes no se pueden valer por sí mismos, y esperar la autonomía de los que tienen recursos para subsistir.

Sin embargo, en el servicio de justicia sucede algo muy diferente. Como con la educación y la salud, la prestación del servicio depende de los recursos disponibles, pero no existe, como en los otros campos, conciencia de su escasez. Por el contrario, hay una negación de la escasez, basada en la idea que la justicia es un servicio que se debe prestar a todos. Esta idea oculta la realidad de un sistema donde los más pobres no sólo no reciben tratamiento preferencial, sino que resultan excluidos del servicio. Se les excluye primero, por no tener los recursos para pagar abogados, o para soportar el proceso, y se les excluye además porque sus causas son “causa menores” que por lo general no tienen prioridad ni acceden a las Cortes más altas.

La tutela por mínimo vital permite entonces una priorización del servicio de justicia que sigue una lógica de justicia distributiva.⁴¹ Con la tutela el proceso del cual depende la subsistencia de una persona pobre recibe trámite preferencial, y debe ser resuelto en un trámite corto y con criterio de equidad. El juez está empoderado para obviar requisitos procesales (pruebas, carga de la prueba) para proteger la justicia sustancial. Ello es una ventaja para los pobres, pero también para el Estado que debe priorizar sus escasos recursos al brindar el servicio de justicia, con un criterio social al priorizar el gasto donde más se necesita.⁴²

⁴¹ Mientras que la justicia compensatoria busca regresar al estado de cosas anterior al conflicto, la justicia distributiva busca cambiar el estado de las cosas para que sea más equitativo.

⁴² N.B. en esta sección me refiero a los recursos del estado en el servicio de justicia, no a los recursos del estado en general, o en otros aspectos como salud o educación. A ello me referiré más adelante en el artículo, al examinar el problema de los recursos del estado como demandado en la tutela por mínimo vital, que es diferente a los recursos del estado como proveedor del servicio de justicia.

IV. Límites y problemas de la tutela por mínimo vital como estrategia institucional contra la pobreza

No obstante las anteriores ventajas, la tutela por mínimo vital presenta también una serie de limitaciones que deben ser tenidos en cuenta al evaluar su aporte como experimento institucional. Estas limitaciones se pueden dividir en tres grupos de problemas, a saber: los problemas de la capacidad del Estado para socorrer a los pobres; los problemas del abuso de la tutela por mínimo vital; y los problemas de impotencia del juez frente a las injusticias estructurales. Cada uno de estos problemas tiene aspectos que han sido considerados en debates sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, como aspectos que se desprenden de la práctica específica de la tutela por mínimo vital. Intentaré limitarme a estos últimos, al tiempo que reconozco que de cierta manera son problemas que han sido debatidos también en contextos más amplios.

IV.1. La (in)capacidad del estado para socorrer a los pobres

El primer problema de la tutela por mínimo vital es la dificultad del juez para establecer si el Estado está o no en capacidad de socorrer. Los casos fallados favorablemente para los demandantes revelan una lógica detrás del criterio de la capacidad del Estado para socorrer: en la mayoría de los casos, el juez parece por lo general buscar la certeza de que existe o debería existir una partida presupuestal para cubrir el gasto. Si bien hay excepciones, en la gran mayoría de las tutelas por mínimo vital el juez ordena el pago de deudas que el Estado ha adquirido,

obligaciones subjetivas concretas y no obligaciones generales programáticas, como es el caso del pago de las pensiones atrasadas.⁴³ Incluso, la ampliación de la lista de medicamentos y servicios médicos está respaldada por una partida presupuestal que cubre los imprevistos del sistema de salud.⁴⁴

IV.2 El abuso de la tutela por mínimo vital

El abuso de la tutela por mínimo vital se da cuando la tutela deja de ser un mecanismo para salvaguardar derechos y se convierte en un instrumento de otro tipo de intereses. Quizá la situación más grave en este sentido es la aparición de la tutela burocrática, es decir, de los funcionarios que piden una tutela favorable como un requisito extraoficial para conceder el derecho. De esta manera la tutela se convierte en algunos sectores en un requisito burocrático más en el proceso de obtener una acción del Estado. Por ejemplo, en algunos grupos, como el de los pensionados de entidades del Estado en un momento dado, se reconocía que la tutela era una etapa que había que cumplir para recibir el servicio: quien no tiene “su tutela” no recibe la pensión. También sucede en el servicio de salud que la entidad responsable es reacia a prestar un

⁴³ Esta tendencia de la Corte ha sido criticada por Antonio Barreto y por Mauricio García. Antonio Barreto argumenta que esta prudencia corresponde antes que nada a la capacidad limitada de los jueces para comprender los aspectos financieros de las entidades públicas. La crítica de Barreto se concentra en el criterio probatorio que tiene la Corte para definir si el Estado tiene o no los recursos para socorrer al demandante. En general dice, sucede que, por no manejar razonamientos económicos y financieros que permitan definir si una entidad tiene o no los recursos para garantizar los derechos sociales, la Corte termina aceptando de plano la defensa de la ausencia de recursos, en lugar de examinarla y cuestionarla. Mauricio García, por su parte, considera que esta prudencial judicial convierte a la acción de tutela en derechos sociales en una “acción de cumplimiento sui generis,” ya que la mayoría de las sentencias no crean un derecho sino que ordenan un pago basado en un derecho reconocido con anterioridad. Esta crítica no tiene en cuenta la distribución del acceso a la justicia como un efecto positivo de esta jurisprudencia. Ver Antonio Barreto. “Amparo Constitucional de los Derechos Sociales- A propósito del carácter social de la acción de tutela.” En Derecho Constitucional Perspectivas Críticas. Uniandes y Tercer Mundo Editores Bogota 2001. y Mauricio García, Op. Cit.

⁴⁴ Esta es función la asume el Fondo de Solidaridad y Garantías a través de la subcuenta de compensación al régimen contributivo. Ver artículo 218 de la ley 100 de 1993 art. 218 y Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 Art. 1.

servicio costoso, y prefiere prestar uno de menor costo pero menos efectivo o más invasivo (por ejemplo es reacia a prestar la terapia de radiación en lugar de la cirugía para ciertos tipos de cáncer de la próstata). Si el paciente no tiene “su tutela” entonces queda al arbitrio de la entidad.

Así, la tutela pasa de ser un mecanismo excepcional a ser un mecanismo cotidiano y burocrático, con el agravante que los jueces no están en capacidad de suplir la demanda ocasionada en este tipo de circunstancias. Esto se evidencia, mediante datos anecdóticos recogidos en distintos foros, y en el altísimo número de tutelas que se siguen interponiendo para proteger el mínimo vital, lo cual lleva a pensar que las entidades demandadas no han cambiado su comportamiento a raíz de las demandas.

IV.3 La impotencia de la tutela frente a las injusticias estructurales

La repetición de las tutelas del mismo tipo y en muchos casos contra las mismas entidades señala el segundo problema de la tutela, relativo al limitado poder del juez es limitado ante las injusticias estructurales, con lo cual me refiero a las injusticias que no son ni excepcionales ni coyunturales sino que responden a dinámicas institucionales arraigadas en la sociedad. Esta limitación del juez tiene por lo menos dos causas. La primera causa, y quizá la más obvia, es que las decisiones se toman caso por caso, y por lo tanto, la justicia no está diseñada para afectar situaciones generalizadas. Lo que sucede es que se desborda la justicia con demandas de tutela reiteradas contra el mismo tipo de instituciones o incluso contra las mismas instituciones. Incluso al nivel de la Corte Constitucional, cuya labor de revisión de sentencias es discrecional, se

aprecia el incremento constante del número de tutelas que revisadas por hechos idénticos a casos anteriormente fallados (tutelas de “reiteración de la línea jurisprudencial”).

Los esfuerzos de la Corte Constitucional por enfrentar estas limitaciones de la tutela han sido innovadoras en nuestra tradición jurídica en el uso del poder judicial. Así, la Corte ha intentado dar órdenes estructurales que exceden el efecto inter-partes, y que la entidad demandada debe aplicarse además a personas en situaciones similares.⁴⁵ Además, la Corte ha ensayado expedir órdenes dirigidas hacia los organismos responsables de las situaciones generalizadas, dándoles plazos y medidas de seguimiento específicas. A pesar de estas innovaciones, es evidente que los problemas persisten y que se necesita nuevas innovaciones institucionales, entre otras razones por la incapacidad de la Corte para hacerle un seguimiento efectivo a este tipo de órdenes.

La segunda causa de la impotencia de la tutela frente a las injusticias estructurales es que hay grandes grupos de la población que si bien tienen el derecho legal de interponer una tutela, en la práctica tienen muy poco acceso a ella. Frente a la injusticia estructural de la exclusión fáctica de estos grupos poblacionales de los servicios del Estado, incluyendo el de justicia, la tutela es también impotente. Si bien es cierto que la tutela democratiza el acceso a la justicia, su utilización requiere un mínimo de recursos materiales y culturales. Aunque es gratuita y no requiere abogado, sí exige unos gastos de transporte y días laborales perdidos.⁴⁶ Además la persona debe tener unos recursos culturales mínimos de interacción con el ambiente profesional

⁴⁵ Para una explicación de los tipos de efectos de las sentencias, ver: SU 1023 de 2001 y T-203 de 2002.

⁴⁶ El gasto de transporte sobretodo es una preocupación importante para las personas pobres: el costo de los dos buses (o más) que hace falta tomar para llegar al juzgado supera el costo del almuerzo del día. Como estudiante de derecho una de las situaciones que más me dejó en claro lo excluyente del servicio de justicia es el de un caso que conocí donde la madre no llevó a la hija violada a la práctica forense sino tres días después de ocurrido el hecho pues no tenía dinero para el transporte público (dos buses de ida y dos de regreso para cada una). Varios funcionarios de Medicina Legal confirmaron que era frecuente el caso de las personas que a la salida del examen forense piden limosna para poder tomar el bus de regreso a su casa.

del juzgado, y un mínimo de conocimiento y confianza en el proceso mismo. Ello quizá es la causa para que la tutela no sea utilizada, o sea utilizada muy poco, por los grupos más vulnerables de la población, como por ejemplo los indigentes, los niños y niñas, los campesinos, o los desplazados.⁴⁷ Paradójicamente, son a menudo las personas cuya situación es más urgente, y que se encuentran más indefensos.

V. Conclusión: ¿Colombia como laboratorio institucional?

Puede parecer extraño que una institución colombiana se presente como ejemplo positivo, sobretodo siendo una institución de la administración de justicia. Después de todo, se trata de una sociedad en crisis donde las vastas desigualdades sociales, los altos índices de violencia cotidiana, las limitaciones de la democracia, la persistencia del conflicto armado, el efecto corruptor del tráfico de drogas y armas y el deterioro de los indicadores sociales denuncian el fracaso de sus instituciones. Sin embargo, esta situación de crisis permanente también tiene un aspecto positivo, y es que se constituye en un aliciente para la experimentación institucional. La denuncia constante que hace la realidad a las instituciones es un reto a la complacencia de las clases dirigentes con el estatus quo, y lleva a la búsqueda permanente de alternativas de solución. En este sentido Colombia puede ser un laboratorio regional donde no todo lo que se produce está inevitablemente ligado como causa a los males, sino que por el contrario, puede ser formas sensatas aunque débiles de confrontar problemas comunes.

⁴⁷ Es cierto que hay sentencias de la Corte Constitucional que favorecen a estos grupos poblacionales. No me refiero sin embargo a los grupos como tema, sino al uso de la tutela por los miembros de estos grupos.

No se trata sin embargo de proponer que se reproduzca la tutela por mínimo vital de la misma forma que existe en Colombia. Como se ha visto, la tutela por mínimo vital tiene también serios problemas, y hace falta hacer una evaluación de su impacto que incluya estudios empíricos. La reiteración de jurisprudencia de la Corte, por ejemplo, hace pensar que es posible que las cortes más bajas no estén aplicando la jurisprudencia de la Corte de manera consistente. Falta determinar además en qué medida la jurisprudencia ha afectado el comportamiento de los funcionarios públicos, y en qué medida se han aplicado las sentencias de la Corte, especialmente las que imparten órdenes estructurales.

No obstante lo anterior, las ventajas que ofrece la tutela por mínimo vital para los pobres hace que sea una experiencia importante en la búsqueda de soluciones institucionales para erradicar la pobreza. Las limitaciones y problemas pueden en parte ser resueltos a través de ajustes en el diseño institucional, por ejemplo, haciendo más costosa para las entidades y funcionarios la reiteración de tutelas por las mismas causa. Es posible además recrear sus ventajas en otro tipo de mecanismo diferente a la justicia constitucional; por ejemplo, en el procedimiento civil o laboral. Quizá en los próximos años de experimentación institucional en Colombia surjan algunas de estas alternativas.

El aporte más importante, que vale la pena reproducir, es la relevancia de la tutela por mínimo vital para hacer visible el acceso a la justicia, como el recurso escaso que es, y en consecuencia, el impacto distributivo de mecanismos procesales que faciliten el acceso y den un trato preferencial a los pobres. La democratización del acceso a la justicia permite un cambio de prioridades según el cual el problema del pobre – su indefensión y la urgencia de su situación – y

la injusticia de un Estado que pudiendo intervenir no lo hace- se convierten en el negocio prioritario del día para el juez.

El impacto de este tipo de reforma no se puede desestimar asumiendo que la falta de implementación de los derechos es un problema que se resolverá con el tiempo y el desarrollo, y que lo que importa es afectar los debates iusfilosóficos de la teoría constitucional transnacional. En Colombia, como en el resto de la región, al desarrollo, que se supone debe resolver los problemas de pobreza, le sucede lo de la pensión del Coronel del cuento, que nunca llega. Pero si el desarrollo no llega, mientras tanto por lo menos a muchos Coroneles si les llega la pensión, gracias a la tutela.