

**LA INCIDENCIA DE LA ACCIÓN
DE TUTELA EN LA IMPLEMENTACIÓN
DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS***

**INCIDENCE OF CONSTITUTIONAL
ACTIONS (TUTELAGE OF RIGHTS) OVER
PUBLIC POLICIES IMPLEMENTATION**

*Fernando Castillo Cadena***

Fecha de recepción: 24 de julio de 2009

Fecha de aceptación: 5 de agosto de 2009

* El presente trabajo de investigación se enmarca dentro del Proyecto Análisis Económico de las Constituciones, que se realiza en el interior de la Línea de Investigación en Análisis Económico del Derecho y las Instituciones del Grupo de Investigación en Derecho y Economía (GIDE) de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Magister en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado de la Universidad Santo Tomás. Profesor-investigador del Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana.
Correo electrónico: f.castillo@javeriana.edu.co.

RESUMEN

El presente artículo estudia, a la luz de la economía constitucional y utilizando algunas herramientas convencionales del análisis económico del derecho, la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, buscando mostrar su incidencia en la implementación de las políticas públicas a favor de los ciudadanos.

Palabras clave autor: acción de tutela, protección de derechos fundamentales, regla de inalienabilidad, políticas públicas, reglas constitucionales, demanda judicial.

Palabras clave descriptor: Acción de tutela, derechos civiles, políticas públicas.

ABSTRACT

The present article studies in the light of constitutional economy, and using some conventional economic law analysis tools, the “Acción de Tutela” (Constitutional Action or “Action for the Tutelage of Rights”) as a mechanism of protection of fundamental rights seeking to show its incidence over the implementation of public policies in favor of all citizens.

Key words authors: action for the tutelage of rights, protection of fundamental rights, inalienability, public policy, constitutional rules, judicial demand.

Key words plus: Writ of Protection, Civil Rights, Public Policy.

INTRODUCCIÓN

La acción de tutela, introducida en nuestro país a partir de la Constitución Política de 1991, ha permitido un importante acercamiento entre el ciudadano y la justicia. Antes de su implementación, el ciudadano común y corriente no tenía acceso a mecanismos coercitivos expeditos que permitieran brindarle resultados oportunos, en términos de protección a derechos tan simples pero fundamentales como el derecho de petición.

La acción de tutela como mecanismo constitucional obedece a una clara política de protección a los derechos fundamentales, y como tal debe ser asumida por la sociedad en su conjunto, pero en especial por los organismos y agentes del Estado.

En la primera parte de este trabajo de investigación se presenta a la acción de tutela en sí misma como una política pública de protección a los derechos fundamentales; política que surge del acercamiento de las preferencias de todos los ciudadanos en relación con determinadas reglas constitucionales, que son plasmadas por los representantes de dichos ciudadanos en la Constitución, de las cuales se derivan importantes efectos políticos, económicos y sociales. Al realizarse la reconstrucción económica del instituto jurídico estudiado, se establece la acción de tutela como un mecanismo de reivindicación que busca disuadir a los agentes del Estado de la comisión de conductas que violen o amenacen violar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Posteriormente, en la segunda parte de este trabajo, dada la relación de intercambio susceptible de surgir entre alguien que demanda justicia en sede de tutela y quien la oferta, identificamos las variables relevantes de la demanda judicial, indagando por la mejor manera de optimizar el uso de la acción de tutela. Dado que la demanda judicial de tutela depende del número de relaciones conflictivas, en la tercera parte de este trabajo abordamos, a la luz del Decreto 2159 de 1991 y de su desarrollo jurisprudencial, el estudio de esta variable para encontrar que la facultad de prevención otorgada a la Corte Constitucional y la posibilidad de que dicho Tribunal se permita declarar, en algunos asuntos, un estado de cosas inconstitucional, puede llevar a determinar de manera eficiente verdaderas políticas públicas; lo cual además es deseable para la sociedad. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones.

1. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO POLÍTICA PÚBLICA

La Constitución Política de 1991 introdujo a nuestro país una acción judicial expedita para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos que sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares en algunos casos. A dicha acción se le denominó de *tutela*.

La acción de tutela debe tenerse como una regla más del entramado constitucional que busca garantizar la realización de los fines del Estado, los cuales se resumen en la consolidación de un orden político, económico y social justo para sus ciudadanos¹; por tanto, hace parte del sistema de pesos y contrapesos que la sociedad, a través del proceso constituyente, consideró necesario mantener entre todas las instituciones para lograr el cumplimiento de los objetivos constitucionalmente propuestos.

En este sentido, la inserción de la acción de tutela en el ordenamiento constitucional busca que los agentes del Estado, lato sensu, dado el poder que pueden ejercer, no violen o dejen de violar los derechos fundamentales de los ciudadanos manteniéndose un equilibrio entre quienes ejercen poder y quienes no lo ejercen. Así las cosas, desde una perspectiva económica, podemos señalar a la acción de tutela como una institución jurídica que busca desincentivar conductas arbitrarias por parte de los agentes del Estado, en relación con los derechos que la sociedad considera como fundamentales del ciudadano y, por tanto, inalienables y de restablecimiento inmediato en caso de vulneración.

Como la acción se supone expedita, *ceteris paribus*, el agente del Estado no tiene incentivos para amenazar o violar un derecho fundamental al ciudadano, pues más temprano que tarde le sería restablecido a este último su derecho y, por tanto, racionalmente el agente del Estado no tendría otra opción que garantizar, *ex ante*, los derechos fundamentales del ciudadano, dado que los presuntos beneficios de la violación a un derecho fundamental o la amenaza de violación serían muy limitados, teniendo en cuenta la cierta y oportuna intervención del juez de tutela.

Para lograr un mejor resultado, el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 estableció algunos castigos, tanto para el agente transgresor de los derechos fundamentales del ciudadano, como para la entidad pública a la que pertenezca, que buscan disuadir a los agentes del Estado de violar derechos fundamentales. De igual manera, la norma dotó a los jueces de tutela de facultades disciplinarias suficientes para garantizar el oportuno y eficaz cumplimiento de su propio fallo de tutela; medidas que incluyen el pago de multas y el arresto, las que, se supone, debieran desincentivar a los agentes del Estado de mantener la violación a los derechos fundamentales.

Ahora bien, los cambios en las reglas jurídicas o la implementación de nuevos institutos jurídicos no son neutros. Una teoría económica, fundamental para el análisis económico del derecho, enseña que un cambio en la norma jurídica, en este caso la implementación de una nueva institución constitucional, varía la estructura de incentivos de los agentes y, por ende,

1 La Corte Constitucional en Sentencia C-479/02 afirmó: “(...) Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio constituyente a la realización de esos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones”.

la conducta institucional, todo lo cual lleva, desde luego, a una variación del desempeño económico de todos los agentes involucrados². En el caso de la acción de tutela, dada su implementación, se esperaría menos violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos, dados los desincentivos creados por la norma a los agentes del Estado, presuntos violadores de derechos fundamentales y, por tanto, una mejora en el desempeño económico de todos los ciudadanos, dada la mayor certeza del disfrute de sus derechos fundamentales.

Podemos argumentar que la implementación de la acción de tutela obedeció a la imposición —democrática si se quiere— de las preferencias políticas de la sociedad, reveladas a través del proceso constituyente, que llevaron al cambio en las reglas constitucionales, lo que a su vez produjo consecuencias políticas que han incidido en los mercados y, por tanto, en el resultado económico que ha obtenido la sociedad. Aunque intuitivamente consideramos que el resultado logrado por la implementación de la acción de tutela ha sido positivo, por las mejoras subsecuentes en la función de utilidad de los ciudadanos dada la posibilidad de reivindicar sus derechos fundamentales en forma expedita, lo que nos interesa mostrar en este momento es que, al imponerse las preferencias políticas de la sociedad en su conjunto, se varió el resultado económico, y con ello el bienestar social. En un plazo más largo, el bienestar social alcanzado puede afectar las preferencias de los ciudadanos, lo que potencialmente puede impulsar un nuevo cambio en las reglas constitucionales³. Todo lo anterior sugiere un flujo circular entre las preferencias del ciudadano, su imposición mediante reglas constitucionales, las políticas generales que se derivan de las reglas impuestas que se traducen en políticas públicas, las cuales influyen en los mercados y, por ende, en el bienestar social; el cual incide, a más largo plazo, en las preferencias de los ciudadanos. Sin embargo, a efectos del presente trabajo, no tendremos en cuenta un posible nuevo cambio de las reglas constitucionales que rodean a la institución de la tutela, dado un ulterior cambio en las preferencias de los ciudadanos simplemente nos concentraremos en el estudio de la acción de tutela como política pública diseñada para evitar la violación a los derechos fundamentales, asumiendo como positiva la variación en el desempeño económico de los ciudadanos por su implementación y, por tanto, teniéndola como generadora de mayor bienestar social, buscando mostrar sus falencias actuales, para intentar encontrar soluciones que optimicen su uso.

Ahora bien, superando las anteriores afirmaciones: conforme a lo que venimos señalando, lo que consagró el constituyente de 1991, al fondo, fue una política pública prevalente de respeto a los derechos fundamentales de todos

2 Un ejemplo ilustrativo de cómo la alteración de las normas jurídicas, es decir, de las relaciones jurídicas que gobiernan a la sociedad, lleva a una alteración en el desempeño económico, puede encontrarse en Mercurio y Medema (1999).

3 Véase Persson y Tabelini (2003).

los ciudadanos, la cual debe regir las actuaciones de todas las instituciones y agentes del Estado e, incluso, de los particulares. La Constitución Política de 1991, como expresión de la decisión tomada por el constituyente, amparó bajo una regla de inalienabilidad los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, imponiendo su máximo respeto y dotándolos de capacidad reivindicatoria inmediata en caso de violación o, incluso, amenaza de violación.

Cuando la sociedad impone una regla de inalienabilidad para la protección de un derecho, en realidad no le interesa si el establecimiento de dicha regla es ineficiente o si por su implementación asume algunos costos adicionales: simplemente le interesa el hecho de que la regla sea deseable por razones, por ejemplo distributivas o de equidad⁴. Desde luego, es bastante claro que la regla de inalienabilidad para la protección de derechos es costosa en tanto en cuanto el Estado debe incurrir en mayores costos de vigilancia y monitoreo sobre la actividad de sus agentes para evitar conductas que atenten contra la misma garantía del ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos, o también porque el Estado debe contratar más servidores para cumplir con sus funciones —dentro de los términos legales—, con el fin de conjurar la potencial violación de los derechos de los ciudadanos por parte de sus agentes. El derecho a una respuesta por parte de los agentes del Estado, en virtud de una petición elevada por un ciudadano, es el caso típico que muestra la necesidad de contratar más servidores públicos, con el fin de hacer respetar la regla de inalienabilidad otorgada para la protección al derecho de petición, dado que éste se consideró como fundamental por el constituyente de 1991.

Ahora bien, de las investigaciones en economía constitucional podemos traer a colación tres efectos que se derivan de un cambio o implementación de una regla constitucional; los cuales también podemos identificar en la consagración constitucional de la acción de tutela por el constituyente de 1991, dado que, *stricto sensu* se trata de la implementación de una nueva regla constitucional: un efecto sancionador, un efecto informacional y un efecto oculto. Aplicados dichos efectos a la implementación de la acción de tutela, podemos deducir lo siguiente: con el primer efecto, el sancionador, dado el cambio en la estructura de incentivos en los agentes del Estado por la implementación de la nueva norma constitucional y los castigos y sanciones contemplados, se esperaría como consecuencia una menor violación a los derechos fundamentales de los ciudadanos; lo que, *ceteris paribus*, haría disminuir con el tiempo el número de acciones de tutela. Por otro lado, dado el efecto informacional y suponiendo que las personas racionales siguen las señales, cualesquiera que ellas sean, las normas jurídicas proveen información acerca de la forma en que los demás se comportarán. En otras palabras: si los agentes del Estado prevén que los ciudadanos se seguirán unos a otros en la búsqueda de protección a sus dere-

4 Véase Calabresi y Melamed (1972).

chos fundamentales acudiendo masivamente a la acción de tutela, existiendo información disponible acerca de los resultados obtenidos, los agentes del Estado, dadas las señales efectivas, no podrían mantener una actitud distinta que la de respeto por los derechos fundamentales. Así las cosas, a partir de la información disponible, los agentes obrarían de conformidad con el orden constitucional sin buscar romperlo, y los ciudadanos disfrutarían de sus derechos sin injerencia maligna del Estado. Por último, con el efecto oculto, se trata de identificar qué agentes económicos son penalizados y cuáles son estimulados por el cambio o implementación de la regla constitucional, lo que nos permite mostrar dónde debería incidir realmente la nueva institución constitucional. Al realizar el debido escrutinio sobre la institución constitucional analizada, se puede encontrar que las consecuencias económicas y jurídicas de la violación de los derechos fundamentales de un ciudadano por parte de un agente del Estado recaen inicialmente en la entidad de la cual el agente es funcionario; sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que le quepa a dicho agente cuando ha mediado dolo o culpa grave.

Sin embargo, la información no es ni ha sido completa. Aunque en principio la acción de tutela se encontraba encaminada a la protección de derechos fundamentales, que algunos denominan *de primera generación*, pronto la Corte Constitucional estableció que los derechos económicos y sociales (DESC) son susceptibles del amparo constitucional cuando existe conexidad con un derecho fundamental, lo que crea desinformación en cuanto al alcance de los derechos susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela.

Pero, además, la búsqueda del núcleo esencial de los derechos fundamentales ha creado igualmente problemas de información, que no permiten determinar cómo los agentes en el agregado se comportarán. Sólo por mencionar un ejemplo, actualmente hay dudas acerca de la extensión del derecho al debido proceso administrativo cuando existe una vía de hecho por defecto fáctico. Por otro lado, pero en el mismo sentido, el efecto sancionador de las normas aparece como insuficiente en algunos casos, por cuanto los agentes del Estado continúan violando reiteradamente, por ejemplo el derecho de petición, a pesar de que su núcleo fundamental se encuentra plenamente decantado por la Corte Constitucional. Las sanciones establecidas no disuaden al agente de violar el derecho; por tanto, tampoco se internaliza la responsabilidad de la entidad pública comprometida por la acción u omisión de su agente.

Aunado a lo anterior, dadas las series temporales disponibles que muestran la evolución del instituto constitucional, podemos afirmar que existen varios problemas de definición en la política pública de protección a los derechos fundamentales, vía acción de tutela, que lleva a que, en primer lugar, y contrario a lo que arriba se presumía, sería el efecto de la implementación de la institución jurídica, el número de acciones de tutela interpuestas por los ciudadanos tienda a crecer o al menos a mantenerse estable; y en segundo lugar,

a que el Estado deje de incurrir en mayores costos para evitar la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por tanto, es necesario realizar un ejercicio de optimización para buscar el éxito de la política pública que busca la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en términos económicos, la implementación de la acción de tutela creó una nueva relación de intercambio de oferentes y demandantes de servicios judiciales dada la necesidad de protección de derechos fundamentales bajo reglas de inalienabilidad. Por tanto, podemos afirmar que existe una demanda judicial de tutela como una oferta judicial de tutela.

Determinar mediante el cuidadoso estudio cuáles son las variables relevantes que influyen en la demanda de acciones de tutela, nos puede brindar los elementos necesarios para optimizar el uso del instrumento de reivindicación de los derechos fundamentales que contempla el Decreto 2591 de 1991, o lo que es igual, garantizar realmente el éxito de la política de protección a los derechos humanos.

2. LA DEMANDA JUDICIAL DE TUTELA

2.1. La definición de las variables relevantes de la demanda judicial de tutela

Conforme con Pastor (1989), la demanda judicial es una función que depende de la cuantía de la pretensión: Q: la probabilidad de éxito; P: a juicio tanto del demandante (Pd) como del demandado (Po), C: los costos del pleito, A: los costos del arreglo; y N: el número de conflictos de intereses sustanciables jurisdiccionalmente.

$D = F(Q, P, C, A, N)$, siendo los signos de las derivadas parciales:

$D'/Q > 0, < 0$

$D'/P < 0$, siendo $P = P_d - P_o$

$D'/C < 0$

$D'/A > 0$

$D'/N > 0$

En el caso de la demanda de tutela, consideramos inicialmente que la cuantía no es relevante, dado que se trata, al menos en principio, de derechos fundamentales inalienables. Sin embargo, aceptamos que la cuantía es determinante cuando se trata de la protección de derechos económicos y sociales; por tanto, aceptamos que existe ambigüedad en la variable.

La probabilidad de éxito u optimismo relativo es una variable relevante en la función de demanda. En el caso de las acciones de tutela, el optimismo relativo viene dado por la reiteración conocida del antecedente constitucional o

por la mayor extensión de la violación al derecho fundamental. *Ceteris paribus*, a mayor extensión de la violación al derecho fundamental, mayor optimismo sobre el éxito de la acción.

Dado que la acción de tutela es expedita y gratuita, los costos de litigio son relativamente bajos, por lo cual, también consideramos que es variable explicativa de la demanda de tutela. En cuanto a los costos del arreglo, entendidos éstos como los costos que se asumen, *ex ante*, para intentar llegar a un acuerdo con el agente estatal que provoca la violación de los derechos fundamentales, los estimamos altos. Como señala Pastor, en general, a mayor costo del arreglo, mayor demanda judicial. La razón para asumir costos altos es simple e intuitiva: los ciudadanos demandan en tutela como última instancia ante la violación de sus derechos fundamentales, dada la falta de interés por parte del agente del Estado de obrar de conformidad con la Constitución y la ley⁵. Como arriba lo observamos, en algunas ocasiones las entidades públicas no disponen del suficiente personal para cumplir con las disposiciones legales y constitucionales que subyacen a los derechos fundamentales, lo que de por sí refleja incongruencia entre lo que se estableció como política de derechos fundamentales en la Constitución y el desarrollo de dicha política pública por parte de los organismos del Estado.

Por último, el número de conflictos potenciales que involucra violación a los derechos fundamentales es una variable explicativa de la demanda de tutela. A mayor número de violación de derechos fundamentales, mayor cantidad de acciones de tutela.

Sin embargo, Pastor no tiene en cuenta el ciclo económico como variable explicativa relevante de la demanda judicial. El ciclo económico es una variable que podría tener poder explicativo sobre la demanda judicial. Un ejemplo pone las ideas en orden: intuitivamente, podríamos considerar que los agentes económicos tienden a ser más laxos en el manejo de sus créditos cuando gozan de liquidez, condición que generalmente se da cuando el ciclo económico es expansivo. Cuando la economía se contrae, los acreedores tienden a cobrar sus créditos; pero los deudores, a causa de la situación económica, pueden estar ilíquidos o, en el peor de los casos, insolventes; por tanto, existe suficiente razón para creer que, ante un ciclo económico bajo o recesivo, las situaciones potenciales de conflicto se aumentarán.

En relación con los derechos fundamentales, puede darse una situación parecida. El titular de un derecho fundamental violado, por decir el derecho a la salud,

5 Se ha detectado que en algunas entidades accionadas, los agentes del Estado sólo cumplen con la orden de tutela al momento en que el juez resuelve por auto el incidente de desacato. Ello implica que el agente del Estado descuenta con mucha facilidad las consecuencias del incumplimiento de tutela, y sólo hasta que el castigo tenga una alta probabilidad de darse, se forman los incentivos necesarios para que se dé el cumplimiento de la orden de tutela. En este sentido, la forma en que está diseñada la acción actualmente atenta contra la eficacia real del amparo otorgado.

dada su riqueza personal en los ciclos expansivos, puede optar por no interponer la acción de tutela toda vez que, con sus propios recursos, puede acceder a un mejor servicio de salud, tolerando la violación al derecho fundamental por la entidad prestadora del servicio. Pero en los ciclos recesivos, ante una disminución de su riqueza, su mejor opción sería intentar acceder al servicio de salud interponiendo la acción de tutela y, por ende, dejando de tolerar la violación a su derecho fundamental.

De igual manera, un ciudadano, durante el ciclo expansivo, y dado el optimismo que esta situación genera, puede decidir no solicitar los derechos económicos y sociales, conexos con derechos fundamentales, que le corresponden en ese momento; sin embargo, ante el cambio de ciclo, creada la necesidad del disfrute del derecho y ante la demora en el reconocimiento por parte de los agentes estatales, puede optar por iniciar la respectiva acción de tutela. Todo lo anterior implicaría que en los ciclos económicos recesivos pueden darse más situaciones de conflicto, por violación a los derechos fundamentales, tanto por el aumento de la demanda de derechos fundamentales, como por la falta de agentes del Estado necesarios para garantizar el disfrute de los derechos fundamentales⁶.

Por estas razones, como un primer paso para decantar nuestra investigación, decidimos incluir provisionalmente como variable explicativa de la función de demanda judicial de tutela la situación económica del país, Y ; de modo tal que, aceptando las variables establecidas por Pastor, nuestra función de demanda de tutela quedaría de la siguiente forma:

$$D = F(Q, P, C, A, N, Y), \text{ teniendo en cuenta que } D/Y < 0$$

2.2. Incidencia del crecimiento económico en la demanda judicial de tutela

Para determinar cuánto incide el crecimiento económico en la demanda judicial, decidimos tomar el número bruto de acciones de tutela que llegaron a revisión de la Corte Constitucional durante los años 1992 a 2003⁷ y el valor del producto interno bruto (PIB) a precios constantes para los mismos años⁸.

6 La solicitud de bonos pensionales puede ser un ejemplo claro. El trámite del bono es un proceso bastante demorado y los ciudadanos, mientras están laborando, olvidan realizarlo. Cuando el empleado es despedido de su puesto y, dado el ciclo recesivo, no encuentra una ocupación que le produzca rentas, busca pensionarse anticipadamente, encontrándose que, como el bono no está expedido, no puede pensionarse rápidamente. Así el ciudadano tiene incentivos para reivindicar sus derechos mediante la acción de tutela, cuando la demora en el trámite se debe a acciones u omisiones del agente del Estado. Más adelante nos referiremos expresamente a esta situación.

7 Véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/> [julio de 2009].

8 Dado que no es posible empatar las series de crecimiento real —expresado en términos porcentuales— del PIB para los años en estudio, decidimos utilizar el valor a precios constantes del producto interno bruto para esos años. Véase http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&task=category§ionid=33&id=57&Itemid=239 [julio de 2009].

El resultado que se esperaba obtener, al incluir el crecimiento económico como variable explicativa de la demanda judicial de acción de tutela, era una correlación negativa entre el número de fallos de tutela y el crecimiento del producto interno bruto (PIB); es decir, a mayor crecimiento económico, menor demanda judicial de tutela, y viceversa. Para realizar el análisis, mantuvimos constante las demás variables; sin embargo, al realizar la regresión se descubrió una correlación positiva, estadísticamente significativa, entre el crecimiento económico y la demanda judicial.

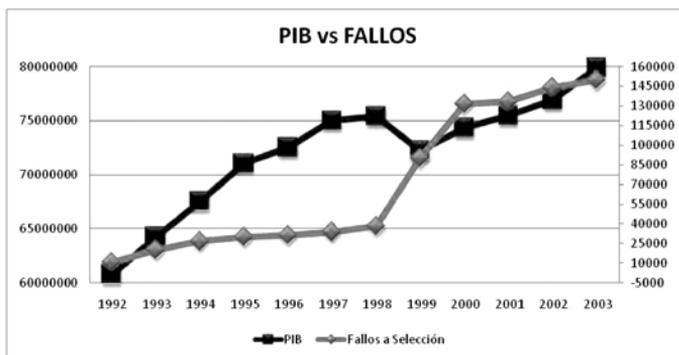


Gráfico 1. PIB-fallos

Fuente: Elaboración propia

Desde luego, el resultado se torna problemático en el sentido de que no permite determinar con certeza cómo incide el desarrollo económico en la demanda judicial de tutela. En el cuadro 1 se puede observar cómo el número de fallos creció de manera más o menos constante durante los años 1992 a 1997. Aunque las sentencias de tutela entre los años 1992 a 1993 se incrementaron en un 88,04%, lo cierto es que durante el período 1993-1998 las sentencias de tutela crecieron a un tasa promedio anual del 14,03%. El notable crecimiento de las sentencias de tutela entre 1992 y 1993 puede explicarse por el efecto arrastre. En efecto, dada la novedad de la institución jurídica, al detectarse los primeros resultados positivos de las acciones de tutela, deseables para los ciudadanos, se incrementó la demanda judicial de este tipo de acciones. El crecimiento de esta demanda judicial fue medido durante los primeros años hasta el de 1998.

Sin embargo, entre los años 1998 a 1999 y de 1999 a 2000 la demanda de tutela crece a una tasa anual del 136% y del 46%, respectivamente; para luego estabilizarse en su crecimiento a un ritmo promedio anual del 4,3%. Es bastante probable que, en efecto, haya sido la situación económica la que haya potenciado el incremento en la demanda judicial de tutela; no obstante, lo que llama la atención es que no existiera, después de superada la crisis económica, crecimiento negativo en la demanda judicial de tutela. En términos brutos, la demanda no sólo no decreció, sino que aumentó a un ritmo moderado.

Una posible explicación de la causa que origina esta situación es que, en épocas de crisis económica, los ciudadanos optan por aprender a utilizar los instrumentos jurídicos que les permiten reivindicar de la manera menos costosa sus derechos y, en efecto, los utilizan; pero, una vez pasada la crisis, no existe ningún incentivo para dejar de utilizar el medio menos costoso de reivindicación de derechos, que ya conocen y han aplicado. El ciudadano que logra a su favor una sentencia de tutela es más proclive a resolver sus potenciales situaciones de conflicto a través del mismo medio. Pero también en parte esta afirmación puede ser explicada por el efecto informacional, en el sentido de que los ciudadanos actúan o empiezan a actuar tal y como lo hacen los demás ciudadanos. De ello se sigue que, si bien es cierto el ciclo económico incrementa las potenciales situaciones de conflicto y, por ende, la demanda de tutela, una mejora en el ciclo no desalienta a los ciudadanos de continuar acudiendo a las acciones de tutela como medio para reivindicar sus derechos.

2.3. La acción de tutela como mecanismo de implementación de políticas públicas

Como hemos afirmado, la acción de tutela obedece a una política pública de protección a los derechos fundamentales; por tanto, una posible racionalización en su uso no puede basarse en restricciones a la demanda mediante barreras de entrada, más allá de las ya implementadas por el Decreto 2591 de 1991, por ejemplo en cuanto al uso temerario. Sabemos que el ciclo económico expansivo no inhibe al ciudadano de presentar acciones de tutela y que el ciclo recesivo potencia la reivindicación de derechos fundamentales a través de este medio expedito.

Sin embargo, es necesario buscar maneras de racionalización de este recurso, pues impide de una manera u otra que los jueces de la república dediquen su tiempo al desarrollo de otros procedimientos, aunque menos valuados constitucionalmente, igual de importantes para la sociedad individualmente considerada. De acuerdo con el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando exista otro medio idóneo de defensa judicial, lo que implica que esta acción no busca reemplazar los procedimientos ordinarios como mecanismos para la reivindicación de derechos, sino proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Nótese, reiteramos, que la acción de tutela no busca atropellar o acabar con el procedimiento ordinario. Por tanto, es claro que existe un costo de oportunidad para el juez al momento de atender las acciones de tutela que se presentan en su despacho; y en el agregado, es claro que el costo de oportunidad, que se presenta para la justicia por atender las acciones de tutela, está dado por la falta de atención a los demás procedimientos que deben seguirse en los despachos judiciales.

Por lo anterior, es necesario determinar qué variable de la demanda judicial de tutela se puede afectar de modo tal, que se reduzca el uso de la institución constitucional sin perjuicio de lograr los beneficios que se subyacen a la política pública de protección a los derechos fundamentales para toda la sociedad, pero que también permita descongestionar la Administración de Justicia. En este sentido, es desaconsejable influir en medios que afecten el optimismo relativo de los ciudadanos en la protección de sus derechos fundamentales. Por ejemplo, las denegaciones de solicitudes de tutela, cuando existen violaciones a los derechos fundamentales, envían una señal indebida a los agentes del Estado y atentan contra la política pública de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante reglas de inalienabilidad.

No obstante existe una variable, la que hemos identificado como n , que influye en forma severa en la demanda judicial de tutela. La variable n representa el número de potenciales conflictos que deban ser resueltos por el juez de tutela. Una forma de disminuir la demanda de tutela es entonces buscar la manera de reducir los potenciales conflictos de los ciudadanos en relación con sus derechos fundamentales.

El medio para ello se encuentra señalado en el Decreto 2591 de 1991, específicamente en el artículo 25, que señala:

Artículo 24. Prevención a la autoridad. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.

La prevención a la autoridad para que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y para que evite la repetición de esa misma acción u omisión, se torna como un poderoso instrumento para reducir la demanda judicial de tutela vía implementación de políticas públicas.

La Corte Constitucional ha utilizado, en algunas ocasiones, este mecanismo reduciendo de manera importante los costos sociales derivados de la violación o amenaza de violación a los derechos fundamentales.

Por ejemplo, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-379/07 al registrar que la Oficina de Obligaciones Pensionales (OBP) se estaba rebelando contra la jurisprudencia constitucional, determinó “*prevenir* a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que en lo

sucesivo, deberá aplicar los criterios señalados por la Corte Constitucional en lo relativo a los efectos de la Sentencia C-734 de 2005”. La Corte le había señalado a la dependencia oficial accionada, por medio de las sentencias T-147/06, T-801/06, T-910/06, T-920/06 y T-1087/06, que los bonos debían liquidarse con la normatividad preexistente al momento del traslado del afiliado y que la sentencia de constitucionalidad C-734 de 2005 no presentaba efectos retroactivos. Sin embargo, la dependencia judicial accionada señalaba que los efectos de la sentencia de tutela eran inter partes y, por tanto, no podían aplicarse de manera general. Sin embargo, el resultado de la prevención dada por la Corte Constitucional a la Oficina de Bonos Pensionales en la Sentencia C-379/07 pronto se materializó con la expedición del Decreto 3366 el 6 de septiembre de 2007, en el cual el Gobierno “reglamentó” lo establecido por la Corte. Indudablemente, a partir de la comunicación de la Sentencia T-379/07 se logró un ahorro importante de costos sociales, traducidos en todos los recursos económicos que debían gastar los afiliados al sistema general de pensiones para lograr la expedición de su bono pensional, en la forma establecida en la ley 100 de 1993, y así poderse pensionar de manera anticipada.

Cuando la Corte previene al agente perturbador de los derechos fundamentales de los ciudadanos, establece un marco de actuación general en defensa de los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados a los ciudadanos en general, por las acciones u omisiones que se cometieron con un ciudadano en particular.

En algunas ocasiones la Corte Constitucional ha entrado directamente a establecer como resultado de las acciones de tutela políticas públicas para evitar la violación de los derechos fundamentales de un agregado. Por ejemplo, en Sentencia T-025 de 2004 la Corte determinó como marco para su decisión:

Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

Como se observa, este fallo tiene profundas implicaciones económicas, pues directamente relaciona la gravedad en la violación de los derechos fundamentales y el volumen de los recursos que se otorgan para proteger tales derechos protegidos bajo regla de inalienabilidad. Con base en esta resolución, la Corte ordenó, entre otras cosas, al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia verificar “la magnitud de esta discordancia”, y diseñar e implementar un plan de acción para superarla. Pero la Corte —yendo un poco más allá— le dice al Consejo qué hacer y cómo hacerlo, aspectos cruciales del diseño de una política pública. En sus palabras, la Corte ordena:

A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el sistema único de registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.
[...].

Sin embargo, es menester señalarlo, a pesar de los esfuerzos de la Corte Constitucional por hacer prevalecer el carácter inalienable de los derechos fundamentales mediante la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, no siempre logra transformar su decisión en una política pública realmente protectora de los derechos fundamentales.

En Sentencia T-68 de 1998, la Corte detectó la siguiente situación:

7) No obstante lo anteriormente expuesto, la estructura y el comportamiento de la Caja Nacional de Previsión viene siendo cuestionado muy seriamente por el aparato judicial, pues es evidente y bastante frecuente la vulneración del derecho fundamental de petición, lo cual se traduce en la gran cantidad de acciones de tutela que se tramitan contra esa entidad y que, básicamente se originan en iguales supuestos fácticos y jurídicos. En relación con esta preocupación, en una ocasión la Corte Constitucional dijo:

“En febrero de 1996, el Ministerio de Justicia y del Derecho publicó el informe de investigación elaborado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes, titulado *Incidencia Social de la Acción de Tutela*, en cuya página 70, se dice: ‘Las entidades territoriales son los demandados más frecuentes (17,88%), principalmente las alcaldías (9,82%). Les siguen en orden las entidades de previsión social (16,62%), dentro de las cuales se encuentra la entidad individual más demandada del país: la Caja Nacional de Previsión Social (8,06%). La gran mayoría de estas demandas buscan conminar a Cajanal a responder una petición’ (subrayas fuera del texto).

Si se toma en cuenta este indicador, el desempeño de la Caja Nacional de Previsión Social en lugar de mejorar o siquiera mantenerse, empeoró durante 1996. Como puede verse en el cuadro y el gráfico adjuntos, de 8223 procesos de tutela tramitados durante el primer trimestre, 1233 (el 14,99%) fueron instaurados en contra de Cajanal; de 6413 correspondientes al segundo trimestre, 961 (el 14,98%) fueron dirigidos en su contra; de los 7892 procesos del tercer trimestre, en 1108 (el

14,03%) aparece esta entidad como demandada; y de los 8686 del cuarto trimestre, en 2025 (¡el 23,31% !) se pretendió obtener el amparo judicial frente a violaciones atribuidas a esta entidad”.

De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14 086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94 000), se observa como casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas que consideran tener derecho.

Dado lo anterior, la Corte Constitucional decidió:

[...] declarar que el estado de cosas que originó las acciones de tutela objeto de revisión es contrario a la Constitución, en consecuencia por Secretaría General de la Corte Constitucional deberá comunicarse la presente providencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al ministro del Trabajo y Seguridad Social, al jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión, a la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, para que dentro de los seis meses siguientes a la fecha de esta sentencia, corrijan en la práctica, dentro de los parámetros legales, las fallas de organización y procedimiento que afectan la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones y se adecúen las relaciones laborales, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

Sin embargo, en la práctica, la política pública implementada no permitió superar el estado de cosas inconstitucional creado en CAJANAL. Por esta razón, la Corte Constitucional, en Sentencia T-1234 de 2008, señaló que no se había superado el estado de cosas inconstitucional, indicándole al director de la caja emprender acciones concretas. Sin embargo, el Gobierno, mediante Decreto 2196 del 12 de junio de 2009, decidió liquidar dicha caja.

Podríamos ilustrar otros ejemplos, pero ello excede los objetivos del presente trabajo. Como se ha pretendido mostrar, las órdenes generales de política pública que da la Corte Constitucional son deseables en tanto en cuanto pretenden eficazmente desarrollar el mandato constitucional de protección a los derechos fundamentales, pero también permiten racionalizar de varias formas los recursos de todos los agentes económicos que se involucran, tanto en la acción de tutela que genera la decisión de intervención en la política

pública por parte de la Corte, como de aquellos que se benefician de manera general con la medida tomada.

En particular, como resultado de las órdenes dadas por la Corte Constitucional, que implican el establecimiento de una política pública general o el desarrollo de una política pública por parte de las entidades del Estado, pueden identificarse los siguientes beneficios:

- Una reducción de los costos sociales, dada la implementación general o el desarrollo de una política pública ordenada por la Corte Constitucional. Así, potenciales accionantes de la acción de tutela, dada la solución del conflicto por medio de una política pública general, no disparan la acción, pues tienen, *ex ante*, una solución expedita a su problema particular. Por esta razón también se disminuyen los costos sociales que se imponen en la protección de los derechos fundamentales, toda vez que los jueces pueden dedicar su tiempo a la resolución de los conflictos que se le presentan en vía ordinaria.
- Una optimización de los recursos de las entidades accionadas toda vez que dejarán de concentrar sus esfuerzos en la negación de los derechos, y de continuar con el juego que se impone en sede de la defensa constitucional de los derechos fundamentales, liberando los factores de producción hacia un uso más valuado al interior de la entidad.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Los cambios en las reglas constitucionales o la implementación de nuevas reglas implican costos que deben ser asumidos por la sociedad. No obstante, cuando la sociedad en su conjunto, a través del proceso político constitucional respectivo, decide asumir la carga que implica una nueva regla, es porque se percibe como necesaria para el adecuado funcionamiento de las instituciones.

Ahora bien, cuando a través de ese proceso político constitucional se determina una política general, y se crean instrumentos para garantizar que dicha política se cumpla, podemos señalar que la regla constitucional así erigida es en sí misma una política pública. El constituyente de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo adecuado para desarrollar la política de protección a los derechos fundamentales, a los cuales dotó de una regla de inalienabilidad, que es suficiente como para que se puedan proteger ante la simple y sola amenaza de su violación.

El presente trabajo, partiendo de una construcción económica de la acción de tutela como medio para producir resultados en la política pública de protección a los derechos fundamentales, buscaba determinar, en primer lugar, dada la interacción entre los ciudadanos como demandantes de tutela y los jueces como oferentes del servicio de protección a los derechos fundamentales, las variables relevantes de la demanda judicial de tutela, para que con base en ellas, en segundo lugar, pudiéramos encontrar formas de racionalizar la demanda judicial para lograr mejores resultados sociales. En este trabajo no abordamos directamente el estudio de la oferta judicial.

Al examinar cada una de las variables que inciden en la demanda judicial de tutela, encontramos que el número potencial de conflictos de tutela puede ser reducido de manera importante cuando la Corte Constitucional decide prevenir a las entidades involucradas en la violación de derechos fundamentales, para que se abstengan de continuar replicando la respectiva conducta que conduce a la violación de tales derechos. Ello deriva importantes beneficios sociales, pues explícitamente se crea la obligación para la entidad involucrada y, por ende, para los agentes del Estado, de desarrollar la política trazada por la Corte Constitucional para la protección de los derechos fundamentales; que no es otra que abstenerse de ejecutar la conducta que se identificó como atentatoria de dichos derechos.

De igual manera, la declaración del estado de cosas inconstitucional permite a la Corte determinar los aspectos generales de política pública para evitar la continua y prolongada violación de los derechos fundamentales por parte de las entidades constitucionalmente fallidas en la protección de los derechos fundamentales. Ello permite, sin duda, que todos los organismos del Estado se involucren en la búsqueda de soluciones que permitan acabar con dicho estado de cosas, garantizando a mediano y largo plazo la protección adecuada de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ambas medidas, que pueden ser tomadas por la Corte Constitucional, se estiman deseables, pues no sólo llevan a que se cumpla de la mejor manera posible con la política de protección a los derechos fundamentales, estipulada en nuestro texto constitucional, sino que, además, permite reducir los costos sociales que se generan por la violación de los derechos fundamentales y de su reivindicación por aquellos que asume la justicia, dado el costo de oportunidad, y por aquellos costos que se generan dada la obligatoriedad del cumplimiento del antecedente ante la estipulación de la política pública.

En este sentido, es socialmente deseable que la Corte Constitucional intente utilizar de manera más asidua su facultad de prevención a la autoridad para evitar el despilfarro de recursos, que se generan por las subsecuentes acciones de tutelas que replican hechos y derecho. Bien valdría la pena que la Corte Constitucional, en tratándose de algunos derechos, como el de petición, el debido proceso y la salud, arribara a soluciones generales, pero concretas que deriven en políticas públicas para reducir las demandas de tutela que continuamente se replican en hechos y derecho, y que se conceden, haciendo desgastar a los jueces de tutela sin necesidad alguna, dada la existencia del precedente constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BERND Schäfer, Hans & Ott, CLAUS. *Manual de análisis económico del derecho civil*, 31-58 (Tecnos, Madrid, 1991).
- CALABRESI, Guido & MELAMED, DOUGLAS. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review*, N.º 6, 1089-1128 (1972).
- KOMESAR, Neil K., *Imperfect Alternative. Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, 3-270 (The University of Chicago Press, Chicago, 1994).
- MERCURO, Nicholas & MEDEMA, Steven, *Economics And The Law. From Posner To Post Modernism*, 3-79 (3.ª Ed., Princeton University Press, Princeton, 1997).
- MUELLER, Dennis. *Perspectives On Public Choice. A Hand Book*. 21-562 (Cambridge University Press, Cambridge, 1997).
- PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*, 25-41, 206-253 (Tecnos, Madrid, 1989).
- PERSSON, Torsten & TABELLINI, Guido, *The Economic Effects of Constitutions*, 1-105 (Massachusetts Institute of Technology, Massachusetts, 2003).
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, 11-30, 577-591 (Fondo de Cultura Económica, México, 1998).
- *Overcoming Law*, 171-312 (6.ª ed., Harvard University Press, Cambridge, 2000).
- SHAVELL, Steven, *Foundations Of Economic Analysis Of Law*, 389-552 (The Belknap Press Of Harvard University Press, Cambridge, 2004).