

INSTITUCIONES, LEYES Y PRAGMATISMO ECONÓMICO

POR SERGIO CLAVIJO

BOGOTÁ, 2009



ANIF

Asociación Nacional de Instituciones Financieras

Calle 70A N° 7-86

Bogotá D.C., Colombia

Copyright © 2009 ANIF

ISBN: 978-958-44-5599-4

Impresión y encuadernación: Punto & Línea Impresores

Diseño y diagramación: Luz Stella Sánchez

Carátula: Gustavo A. Bernal

Edición: Ximena Fidalgo

Impreso y hecho en Colombia

*Dedico este libro a mis dilectos amigos
abogados, especialmente a quienes
han trajinado los temas constitucionales.
Su apertura al diálogo me ha motivado
para incursionar en estas lides
del derecho constitucional.*

CONTENIDO

I.	Introducción	9
II.	Jueces, justicia e instituciones: códigos vs. la Ley del Común	25
III.	Ilustraciones del caso colombiano	39
	A. Temas institucionales	40
	• Balances y contrapesos institucionales en Colombia	40
	• Instituciones, democracia y reelección de las buenas políticas	48
	• Las Altas Cortes y la reforma a la tutela	52
	• La tutela y el tránsito automotor en Colombia	61
	• La tutela y los derechos sociales	64
	• El indebido uso de la tutela en procesos ejecutivos	68
	• Los en-tutelables cerros de Bogotá	71
	• Altas Cortes: ¿moralistas, historiadoras o investigadoras?	75
	• Reflexiones sobre el aparato judicial	79

B. Temas con incidencia económica	83
• La “peluqueada” de los bonos pensionales	83
• Solución a la “peluqueada” de los bonos pensionales	93
• El sistema pensional colombiano: diagnóstico y soluciones	101
• La seguridad social en salud y su financiamiento	111
• El costo de la universalización de la salud en Colombia	121
• Crisis financieras y fallos de las Altas Cortes	131
• Jurisprudencia financiera: el manejo en tiempos de crisis	135
• Reforma laboral y constitucionalidad	140
C. Temas sobre estructura y organización jurídica	144
• La rama judicial	144
• Operatividad de los cuerpos colegiados	153
• Crimen, impunidad y tasa de castigo en Colombia	158
• Eficiencia en la justicia y conmoción interior	162
• Reflexiones sobre procesos de peritazgo en Colombia	167
Referencias bibliográficas	173

I. INTRODUCCIÓN

La literatura reciente sobre desarrollo socioeconómico ha revivido dos tipos de debates. El primero se relaciona con *los factores* que ayudan a explicar el desarrollo más acelerado de ciertos países, donde se destacan los factores geográficos, institucionales y/o de política económica (propiamente dicha).

Por ejemplo, Easterly y Levine (2002) y Rodrik *et al.* (2002) resaltan cómo los factores institucionales, aparentemente, serían más importantes que los geográficos (incluyendo la dotación de recursos naturales) o los relacionados con la política económica. Según ellos, son las organizaciones institucionales las que mejor “explican” las diferencias en *los niveles del ingreso per cápita* entre los diferentes países-regiones. Resultados similares habían obtenido Acemoglu *et al.* (2001) al examinar cómo los diferentes tipos de colonización europea determinaron asentamientos con resultados divergentes en materia de Producto per cápita.

Estos hallazgos vienen a complementar la idea tradicional de quienes argumentamos (Clavijo, 2003) que es la aplicación de las buenas políticas macroeconómicas lo que hace la diferencia a la hora de explicar los factores del desarrollo. Por ejemplo, Argentina tenía buenas dotaciones de factores naturales y favorables condiciones para asentamientos no extractivos, inclusive una buena y equitativa educación pública; hasta un banco central independiente, apuntalado por mandato constitucional. No obstante, sus erradas políticas macroeconómicas, de corte populista, dieron al traste con sus perspectivas de desarrollo desde mediados del siglo XX. ¿Cómo influyó en dichas políticas la falta de consolidación de sus instituciones y de su organización democrática?

También hemos argumentado que Corea del Sur y Chile, entre otros, han salido adelante gracias a sus reformas económicas promercado. Paradójicamente, las instituciones de estos países se habían caracterizado por carecer de un buen balance democrático y sólo recientemente se ven progresos en la línea de generar mejores mecanismos de balances y contrapesos. Sus instituciones todavía requieren de algunas reformas que permitan acompañar adecuadamente sus pioneras y exitosas políticas económicas (Clavijo, 1998; Urrutia, 1998; Uribe, 2002).

Según el enfoque de “instituciones heredadas”, la suerte del “trópico latino” estuvo sobredeterminada desde el mismo momento en que la dotación de recursos (incluyendo su latitud tropical, propensa a las infecciones y carente de cereales) terminó por atraer a colonizadores-saqueadores, en vez de colonizadores-residentes que sí buscaron organizar, desde su llegada, “instituciones” para el desarrollo estable. La causalidad histórica, bajo esta hipótesis, habría sido de “recursos naturales”, determinando el tipo de colonizadores, y estos colonizadores explicando las “instituciones”, y éstas, a su vez, explicando por qué se toman buenas o malas decisiones de política económica.

La pregunta práctica es entonces: ¿cómo nos organizamos, quinientos años después de haber sido colonizados “por el grupo errado”, para intentar crear instituciones que permitan tomar buenas decisiones de política económica? ¿Será posible invertir la causalidad, sobreponiéndonos a esta historiografía, de tal manera que lográramos tomar buenas decisiones sin contar *ex ante* con instituciones de tipo anglosajón? O, alternativamente, ¿cómo podríamos romper “con nuestro condenable pasado” y tomar la decisión de organizarnos, de una vez por todas, bajo instituciones que permitan mantener un buen balance entre la “libertad y el orden” (como figura en nuestro emblema nacional)?

Mirado todo en su conjunto, no es difícil llegar a la conclusión de que las instituciones, la geografía y la política económica, en realidad, constituyen *todos* factores que se entrelazan para explicar el diferente desarrollo de los pueblos. Mientras que la política económica debe cumplir la tarea de detectar e implementar los cambios necesarios en el curso macroeconómico, las instituciones son la base para poder mantener el rumbo de esas buenas decisiones.

Esta visión, en realidad, no es sino una actualización de la vieja idea de Madisson (1991) y North (1990) sobre la relación entre causas “próximas” (política económica) y “remotas” (instituciones). A nivel local, Kalmanovitz (2002) ha enfatizado la importancia histórica del asentamiento institucional y la estabilidad jurídica como factores fundamentales para asegurar un crecimiento sostenido dinámico, retomando algunos de los interesantes escritos de North (1990) y Elster (2002). Sobre la importancia de la estabilidad en las reglas del juego y del “imperio de la Ley”, existe amplio consenso, lo difícil de concretar es su construcción y perdurabilidad. Como veremos a continuación, la clave está en la solidificación de la llamada *democracia representativa*.

La *democracia representativa* exhibe como dos de sus grandes virtudes, primero, la defensa de la Constitución (de una

serie de principios difíciles de alterar) y, segundo, la separación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como una garantía de equilibrios para la buena gobernabilidad. Si esa *democracia delegada* en los congresistas electos por el pueblo se convierte en una *democracia directa* (preguntándole directamente al pueblo a través de plebiscitos o referendos), se corre el grave peligro de caer en autoritarismo del Ejecutivo de carácter prolongado.

Los gobiernos de excesiva duración, a su vez, terminan por tomarse las otras ramas del poder y también los organismos independientes que ejercen balances y contrapesos (tales como el banco central y las comisiones de regulación económica), instituciones cruciales para el ejercicio de la *democracia representativa*.

El agudo analista político Zakaria (2004; 2008) ha venido enfatizando este punto con gran coherencia histórica y consistencia casi cartesiana. Zakaria afirma que no basta con tener elecciones bajo esquemas relativamente libres para llegar a contar con un Estado que pueda operar democráticamente en el día a día. Se requieren muchos elementos: a) balances y contrapesos institucionales (ahora magullados en muchos países emergentes por la viruela reeleccionista-mesiánica); b) bipartidismos fuertes; c) medios de comunicación independientes; y d) participación fluida de los ciudadanos (activo capital social).

Con relación al tema institucional, se tiene que “la cultura democrática” depende en forma crucial del orden de los factores: ¿“Libertad y Orden” u ¿“Orden y Libertad”?

Como es bien sabido, en el mundo anglosajón fue primero la libertad y después el orden. La libertad dio origen a las villas y los burgos, donde se desarrolló el comercio a partir de la Edad Media. Este intercambio de mercancías y dinero evolucionó hacia el capitalismo manufacturero de Manchester (*par excellence*). Esa “libertad” se fue organizando a través de la práctica diaria y, por ejemplo, su sistema legal se fraguó alrededor de la Ley del Común (*Common Law*). Dicho desarrollo tomó la peculiar forma de los códigos reglados en Francia y España (Clavijo, 2001; Cepeda, 2001 y 2007), mientras que en muchas colonias occidentales se clamó primero por la libertad y desde entonces llevamos más de dos siglos buscando un orden legal, el cual nos ha resultado algo esquivo.

Pero en muchas colonias asiáticas lo que se fue dando, durante la consolidación productiva de mediados del siglo XX (Corea, Taiwán, Tailandia o Malasia), fue la necesidad de invertir nuevamente el orden de los factores: primero el orden (...y a la fuerza) y después la libertad (... cuando buenamente se pueda). Esto en vista del fracaso institucional, de estos países emergentes, a la hora de intentar un equilibrio entre los poderes y los balances-

contrapesos, bajo el ejercicio de la *democracia representativa*. En Chile, como caso excepcional, se logró hacer un importante tránsito de la dictadura (1973-1990) hacia la democracia.

En posible concluir que, en la mayoría de los casos, “el orden de los factores” sí ha alterado el producto en materia de arreglos institucionales. Mientras que los países desarrollados de Occidente lograron construir democracias representativas sólidas, el grueso de los países emergentes no tuvo esa oportunidad histórica y debió optar por: orden, primero (...y a la brava), y libertad después (...si se pudiera llegar a ella).

La mala noticia es que en estos últimos casos se ha generado un “remedo” de democracia, lo que académicamente se denomina la democracia no liberal (*illiberal*). En el caso de América Latina pululan los ejemplos de democracias que no logran operar como tales, que en realidad son remedos de democracia: las llamadas democracias “disfuncionales” (Kalmanovitz, 2003; Montenegro y Rivas, 2004).

Dichos estados semiparalizados son incapaces de profundizar sus mercados al carecer de reglas fuertes sobre: 1) quiénes toman las decisiones (los parlamentos por concesión y delegación de las mayorías partidistas o los líderes mesiánicos preguntándole directamente al pueblo); y 2) cuáles son los sistemas de

premios y castigos a nivel social que deberían estar enmarcados en arreglos legales eficientes y prácticos; ¿son los códigos reglados de herencia franco-española o la vida práctica de la Ley del Común de corte anglosajón?

Colombia, al igual que muchos países de la región, enfrenta ahora un serio problema sobre lo que significa una democracia mal entendida. La *democracia representativa* requiere de paciencia para lograr ese equilibrio entre “libertad-orden”; el gran logro del mundo desarrollado de Europa y Estados Unidos.

América Latina ha tenido que enfrentar movimientos de guerrilleros insurgentes y, en las dos últimas décadas, la amenaza de la delincuencia organizada alrededor del narcotráfico. Estas amenazas a lo básico institucional han ocasionado una inversión de los factores: primero el orden (...casi que a cualquier precio, con repetidos golpes militares en la región), y después la libertad (...si es que se alcanza). Bajo este último escenario se ha ido incrementando la tendencia hacia la democracia “de participación directa”, reemplazando a los partidos fuertes por las preguntas al pueblo directamente.

Es bien sabido que la *democracia representativa* funciona bien cuando se tiene un bipartidismo vigoroso, de lo cual carece buena parte del mundo emergente. Es común (y patético en Co-

lombia) que los terceros partidos convoquen a referendos (“preguntarle al pueblo”) cuando pierden por votación en el Congreso de la República.

Pero, ¿acaso las elecciones no consisten en “preguntarle al pueblo” periódicamente sobre cuáles son los congresistas que deberían tomar en su nombre las decisiones más importantes? Éste ha sido el argumento tradicional del Ejecutivo de turno cuando las cosas evolucionan a su favor. Pero esta misma crítica es extensible a los gobiernos que cuentan con mayorías en el Congreso para aprobar leyes ordinarias, pero que no las logran cuando se trata de reformas constitucionales de gran calado y que ven en las “masas” un manto que abrigaría sus ansias de poder (...optando por los referendos de todo tipo).

Uno de los mejores ejemplos del fracaso de la *democracia directa* lo provee el Estado de California. Cuando a sus gobernantes se les ocurrió “preguntarle al pueblo” si querían más impuestos o menos impuestos (1974-1975), el pueblo “en su sabiduría” votó por el NO en dicho referendo. Pero lo que no entendieron es que ello los conduciría a graves apagones energéticos unos años más tarde (1985-1990), sencillamente porque dicho Estado se privó de recursos de expansión energética. Bajo la nueva crisis financiera de 2008-2009, el propio “Terminator” tuvo que declarar en emergencia financiera al Estado de California.

Al pueblo se le puede preguntar directamente en referendos a qué hora quiere que le recojan la basura (ni siquiera cuántas veces a la semana). Eso es lo que se hace en los cantones de Suiza; ellos viven felices y entienden que las decisiones importantes no deben estar directamente en sus manos, sino en las de los expertos que los representan en el Congreso. Sólo la *democracia representativa* tiene el potencial para generar un Estado funcional y operativo.

El peligro de los referendos, una completa desfiguración de la *democracia representativa*, ahora se ha extrapolado de lo micro (horario de la basura) a lo macrofundamental (instituciones): la reelección inmediata y la pérdida de los balances-contrapesos. Esto ha ocurrido en mayor o menor grado en la Argentina de Menem (1989-1999), el Perú de Fujimori (1990-2000), el Brasil de Cardoso (1995-2003) y, más recientemente, en la Colombia de Uribe (2002-2010), ver Botero (2008), Hommes (2009).

Ha quedado claro que los arreglos bajo las “democracias representativas” son, en realidad, bastante frágiles. Basta con que alguien llegue al poder, se haga a las mayorías parlamentarias e impulse reformas constitucionales que se aplican inmediatamente a favor de los reformadores. Las Altas Cortes han debido oponerse a ello, pues se trataba de “cláusulas pétreas”. Todo

esto deja clara la importancia de reelegir las buenas políticas, antes que a las figuras mesiánicas.

Unos gobiernos han trabajado arduamente para bajarse “del primer mundo” al “tercero” y finalmente lo han logrado, tras cerca de un siglo de destrucción de sus dotaciones naturales-humanas, sus instituciones y de sus balances-contrapesos (Argentina *par-excellence*). Otros gobiernos han recurrido a “primero el orden” y a mantener el curso de sus políticas económicas durante décadas, hasta que den sus frutos (Indonesia, Malasia y Chile). Sus democracias aún son frágiles, pero debe abonárseles su trabajo en pos de complementar el orden con la posterior libertad.

¿Y Colombia? Por mucho tiempo nos sentimos que éramos el orden por excelencia, frente a golpes militares recurrentes en la región. De hecho, el mayor “desorden” que sufrimos fue el paréntesis democrático de la dictadura del general Rojas Pini-lla (1953-1957), seguido de los años de “democracia limitada” del Frente Nacional (1958-1974). Pero en realidad nuestra libertad era precaria y, sobre todo, socialmente inequitativa. Fue así como la debilidad social-institucional del período 1970-1980 nos llevó al “descuadernamiento” por cuenta del narcotráfico y la guerrilla, al tiempo que las libertades permanecían estancadas. Todo esto hizo catarsis con el mundo de los desplazados de los

años noventa, por cuenta de la violencia y la falta de oportunidades; más de un millón de trashumantes por Colombia.

Llegó entonces Uribe-I (2002-2006) con su acertada visión de “Primero el Orden”; el país creció nuevamente y la inversión privada haló la economía (De la Calle, 2007). Pero como dicho modelo parecía no haber culminado su tarea, se alteraron los arreglos institucionales para extenderlo directamente a Uribe-II (2006-2010). El Congreso y las Altas Cortes conceptuaron que los arreglos institucionales no sufrirían menoscabo, pero esto no ha sido así, se han deteriorado las instituciones y afectado la separación de poderes, tal como lo ilustraremos más adelante. Más aun, nadie imaginó que tras Uribe-II habría ansias y embriagamiento de poder para aspirar a un Uribe-III y que se impulsaría el mecanismo de “pregúntele al pueblo”, drenando aún más la *democracia representativa* (Botero, 2009; Kalmanovitz, 2009).

Todo esto ha resultado aún más paradójico tras el fracasado referendo bajo Uribe-I (Ley 769 de 2003 y Fallo C-551 de 2003), donde de quince preguntas tan sólo una de ellas alcanzó el umbral mínimo de votación (25% sin contar votos en blanco), la referida al “insulso” castigo a los políticos corruptos. Después el Ejecutivo aprendería el expediente de mejor “pregunta-a-pregunta” para evitar confundir “al pueblo” (*¿Remember 2003?*); se procedió entonces a “primero un articulito”, y más tarde se intentarían los

“otros” (reelección de gobernantes locales y reelección inmediata para que el Ejecutivo pudiera ejercer un tercer período).

La comunidad internacional se ha hecho sentir y lo han dicho en todos los tonos y matices: Obama (... “Lincoln pudo haber ido por el tercero, ...pero en Estados Unidos la experiencia mostró que con dos períodos era suficiente”); Carter (... “¿Cómo es lo de sus planes reelectorales?”, mientras discutían temas relacionados con derechos humanos y el TLC frente a un Congreso con mayoría demócrata); también se ha manifestado la respetada prensa escrita, incluyendo *The Economist* (... “Uribe-II amenaza con empezar a deshacer los logros de Uribe-I”), además de lo dicho por *The Washington Post*, *The New York-Times*, etc.

Todas estas admoniciones ocurren en momentos en que América Latina viene mostrando una tendencia de elevado autoritarismo, apoyada en las peligrosas vías de la *democracia directa* (... pregúntele al pueblo). Ese fue el esquema inicial usado por Fujimori a principios de los años noventa, pasando por esquemas intermedios como los de Menem en Argentina y Cardoso en Brasil, para terminar en las debilitadas instituciones democráticas de la Venezuela de Chávez, la Bolivia de Evo y el Ecuador de Correa.

La crisis reciente de Honduras revela que los esquemas de “manoseo de la Constitución” han puesto en calzas prietas a

entidades multilaterales como la OEA. Ésta estuvo dispuesta a restituir a Cuba en la organización, pero amenazó con expulsar a Honduras si no restablecía en el poder al mandatario destituido, por la vía de un golpe militar, tras enfrentar al aparato estatal (incluyendo Altas Cortes y Fiscal); dichas instituciones rechazaban esquemas de reelección inmediata fabricadas a través de reformas constitucionales. La forma de rechazo, por supuesto, no fue la apropiada para el momento.

En este libro abordaremos entonces temas relacionados con “Las Instituciones, las Leyes y el Pragmatismo Económico” que requieren las democracias representativas para propulsar un desarrollo donde primen “la libertad y el orden” (... en ese orden de factores).

Tras esta introducción, el segundo capítulo analizará el papel de los jueces y su interacción con el marco legal, realizando algunas comparaciones entre el mundo anglosajón y extrayendo lecciones para el caso de Colombia. El tercer capítulo presentará ilustraciones del caso colombiano referidas a diversos temas: el uso de la tutela, el sistema carcelario, los esquemas de peritazgo, etc. Hemos organizado estos escritos bajo tres grandes temas: a) institucionales; b) aquellos con incidencia

económica; y c) los relativos a la organización del aparato judicial en Colombia.

Nuestro objetivo central es alertar a la comunidad en general sobre el papel tan crucial que cumplen los arreglos institucionales, el equilibrio entre los tres poderes, los balances y contrapesos que ejercen los “entes independientes” (como el Banco de la República o la CREG) y los referidos al sistema legal y a la aplicación de la justicia en Colombia.

Este libro no hubiera sido posible sin el apoyo de todo el equipo de investigadores de Anif. A todos ellos mi profunda gratitud, especialmente a Carlos Ignacio Rojas; los créditos correspondientes aparecen en el tercer capítulo, acompañando cada uno de los escritos temáticos del caso.

II. JUECES, JUSTICIA E INSTITUCIONES: CÓDIGOS VS. LA LEY DEL COMÚN

Los jueces

El magistrado Porter (2008), de la Corte de Apelaciones del Distrito Séptimo (Chicago) de Estados Unidos, afirma que si hipotéticamente la “repartición de casos” ante los jueces hubiera sido otra y otros los fallos finales, entonces asistimos a un mundo en que no reinan *Las Leyes*, sino *Los Jueces*. Dicho de otra manera, si el cambio de jueces causa la alteración de los fallos, entonces el sistema judicial (uno de los tres sustentos de la *democracia representativa*) se torna poco confiable, minando la esencia de la democracia, el orden y la aplicación de la justicia.

Porter se ha dedicado a ventilar públicamente cómo “piensan y actúan” los jueces de Estados Unidos, conociendo muy de cerca el sistema de su país por varias décadas. Sus conclusiones son bastante preocupantes, pues apuntan en la dirección de:

- Los jueces mantienen un velo gris sobre sus actuaciones; si dicho velo se corriera, saltaría a la luz pública que en muchas ocasiones fallan sin tener el conocimiento y entendimiento requeridos para aplicar “pronta y cumplida justicia”.
- Se ha convertido en un código profesional interno no discutir sus actuaciones en público y mantener un sistema en que lo importante es “responder ante sus jueces-colegas”; pero si el grueso de ellos desconoce las complejidades de los temas pensionales, de las ciencias de la salud o los temas financieros, entonces el mundo de los jueces termina por convertirse en uno de elevado “autismo-jurídico”.
- Sobre este asunto de la necesidad de investigar y conocer más los temas a tratar, vale la pena citar aquí el hallazgo de Porter (2008, pág. 76):

“La justicia (en Estados Unidos) opera de forma jerarquizada, pero los jueces enfrentan a todo nivel tareas rutinarias y no rutinarias. Las tareas rutinarias exigen técnicas que se aplican sin mayor problema.

Pero, curiosamente, para enfrentar las tareas no rutinarias se carece de un entrenamiento adecuado... Esta situación sugiere que la aplicación de la justicia en áreas específicas se beneficiaría ampliamente si contarán con entrenamiento en leyes antimonopolio,

conocimientos regulatorios en áreas corporativas, seguridad social (pensiones-salud) o propiedad intelectual.” (Traducción libre).

Lo anterior pone de presente la importancia de los llamados “peritazgos-profesionales”, pues nadie está obligado a saber de tantos temas tan complejos. Pero el problema es que esos peritazgos no se aplican con la eficiencia requerida; simplemente no se escucha a las diferentes partes con la atención debida (tema sobre el que volveremos más adelante para hacer referencias al caso colombiano).

En síntesis, Porter (2008) encuentra demasiada retórica y carencia de un cuerpo investigativo multidisciplinario al interior del sistema judicial norteamericano, lo cual impide abordar las complejidades socioeconómicas. Curiosamente, la solución no parecería estar en acudir más a los estamentos universitarios, pues sus facultades de derecho carecen de la práctica del litigio y su conocimiento del mundo real es más bien bajo, incluyendo buena parte del *Ivy-league* de Estados Unidos.

Teorías sobre aplicación de la justicia

A Porter (2003) se le conoce como el padre del llamado “pragmatismo-judicial”. Dicho pragmatismo es la contraparte del “legalismo-judicial”, este último lleno de procedimientos y autis-

mo-judicial, con poco interés en impulsar investigaciones que permitan resolver casos con “conocimiento de causa”.

Por estas razones, Porter recomienda actuar con “pragmatismo-judicial”, pues su experiencia le indica que: a) los fallos no son infalibles; b) en ocasiones revelan ignorancia específica sobre los temas; c) la “jurisprudencia” se va quedando obsoleta y requiere cambiarse, pero sin violentar la práctica diaria; deben construirse nuevos referentes a través del sentido común de los pactos (la evolución de la llamada *Common Law*).

La taxonomía jurídica empleada por Porter (2008 págs. 20ss) es bastante completa. Ella le permite construir su teoría sobre “pragmatismo-jurídico” y recomendar este enfoque frente a muchos otros:

- *La teoría sobre actitudes*, según la cual los jueces fallan con base en sus preferencias políticas, siendo los casos más notorios los referidos a los temas raciales, el aborto o los temas de género.
- *La teoría estratégica*, donde los jueces adoptan “estrategias” de votación para cuidarse de las críticas de sus propios colegas.

- *La teoría sociológica*, en la cual las decisiones vienen influenciadas por el “panel” o cuerpo colegiado en el que se toman dichas decisiones (Altas Cortes, tribunales colegiados o jueces individuales, etc.).
- *El enfoque psicológico*, donde lo que cuentan son los prejuicios y la personalidad del juez de turno.
- *Teoría del comportamiento*, donde dominan los criterios de costo-beneficio de los jueces frente al fallo a tomar.
- *Teoría organizacional*, basada en los principios económicos del *Principal* (dando las órdenes) y el *Agente* (implementando el mandato), donde las asimetrías juegan un papel central.
- *El legalismo*, el cual privilegia la “simple” interpretación de la ley escrita, aplicando el “mandato de lo escrito”.
- Y, por último, *el pragmatismo-jurídico*, basado en una mezcla de las teorías del comportamiento y organizacional, cuya raíz proviene de la forma como debe evolucionar la *Common Law*. Aquí es clave reconocer el papel implícito que juegan las preferencias, como si se tratara de *soluciones bayesianas* (donde los factores *a priori* gobiernan las decisiones).

Con todo este andamiaje a mano, Porter concluye que la aplicación de la justicia en Estados Unidos debería tener un sentido

de “lo práctico” y lo “eficaz y oral”, que en buena medida es lo que ocurre en dicho país, especialmente cuando se le compara con los resultados en otras latitudes, donde lo que prima es el “legalismo-escrito”.

Dicho de otra manera, bajo el “pragmatismo-judicial”, la función del juez no es la de “inventar” o “crear” leyes, sino la de aplicar las existentes. Donde hubiera “zonas grises” no definidas por las leyes, la práctica modular debe ser la regla; la aplicación de la parsimonia, evitando el activismo-jurídico. La prueba de fuego debe estar siempre referida al hecho de que otro juez (hipotéticamente) debería llegar a esa misma conclusión, impartiendo el mandato de la ley y no la iniciativa del juez particular.

En un partido de béisbol, dice Porter, el reglamento ya está escrito. Los pases por bola y los *strikes* deben estar claros para que el juego pueda operar. A ningún *umpire* se le ocurriría decir que dará cuatro *strikes* y sólo dos “bolas”; por ejemplo, un juez no debería concluir que alguien puede reclamar un seguro, si no ha cumplido previamente con la suscripción y reglamento de la póliza en cuestión.

Obviamente la vida práctica es más compleja que un simple juego de béisbol. Donde existen zonas legales oscuras, se le abren ventanas a las Altas Cortes por donde podrán entrar

a ejercer el “activismo” que tanto les gusta (... la teoría de la “Constitución Viva” que se pregona desde Harvard).

Lo malo es cuando esto ocurre de forma recurrente y por cuenta de la *exégesis* que aplica la Corte del momento. Existe una alta probabilidad de que un cuerpo de magistrados “X” concluya la inexequibilidad del aborto o de las leyes a favor de las minorías, pero otro cuerpo de magistrados “Y” bien podría concluir lo contrario.

En la ponderación y aplicación del “pragmatismo-jurídico” juega un papel muy importante la carrera institucional de los jueces. Como es bien sabido, en Estados Unidos existen los jueces de carrera y también los elegidos electoralmente. Los de carrera siguen un proceso de maduración lento (como corresponde). Usualmente los jueces llegan a dicha posición hacia la edad de cuarenta años y una carrera exitosa los llevará a las Cortes Federales acercándose a los 48-52 años y a las Cortes de Circuito hacia los 52-55 años.

Existe alguna evidencia de que los jueces elegidos son “menos independientes” que los de carrera (Porter, 2008, pág.127). Sólo los jueces federales tiene “*tenure*” y los del Circuito de Apelación son la “cantera” para llegar a la Corte Suprema. Estos jueces de apelación (equivalentes a nuestros Tribunales Su-

periores) son los que tienen la mayor posibilidad de fraguar la *Common Law*; esto gracias a que tienen la menor probabilidad de “ser corregidos” en sus fallos y, además, operan en cuerpos colegiados.

A pesar de devengar menos que un profesor titular de una buena universidad o inclusive que un socio-junior de una firma de abogados privada, dichos jueces rara vez renuncian a su carrera pública, donde el principal atractivo es una pensión temprana (con tasas de reemplazo cercanas a 100%) y el prestigio profesional que allí genera ser juez de la República. En todo caso, los altos cargos son muy competidos, donde cerca de 1 millón de jueces (en un país de cerca de 300 millones de habitantes) se disputan: 1.200 cargos para llegar a pertenecer a la jerarquía jurídica, 800 cargos como jueces de apelación y sólo 9 cargos para ser magistrados de la Corte Suprema, confirmados por el Senado y nombramientos de carácter vitalicio.

Las instituciones y el papel de las Altas Cortes

Es clara la importancia de que sea la *democracia representativa* a través del Legislativo la que decida todos estos temas: beneficios pensionales, beneficios en salud, progresividad tributaria, reparación a las víctimas del conflicto, etc. Esto debe ocurrir al calor del debate político del Congreso del momento, evitando

que tengan que ser los magistrados los que “justifiquen” legalmente sus preferencias (su “subjetivismo”, que es totalmente político, en el sentido moral-ético). Esos balances deben darse a través del debate abierto en los respectivos congresos.

El derecho constitucional no existe como ciencia; lo que existen son preferencias subjetivas que las Altas Cortes manifiestan a través de las “muletillas” que les abren vocablos tan amplios y generales como: “dignidad humana”, “salarios vitales-móviles” o “vivienda digna”. La labor del Congreso es materializar esos principios en las leyes, que necesariamente deben ser cambiantes al calor del ciclo político.

Lo ideal sería evitar que las Altas Cortes entren a interpretar dichos principios, pues mientras más lo hagan, más alta será la “arbitrariedad” constitucional que dichas Cortes aplicarán, tal como ha sido la experiencia de Colombia (1991-2009). Por ejemplo, hemos entrado a la cuarta versión de este cuerpo colegiado y éste bien podría llegar a interpretar de forma diferente lo dicho por la versión tres o dos en materia de reelección inmediata, indexación de los salarios públicos, expectativas pensionales o progresividad tributaria. Toda esta práctica contradice la idea de que la Corte Constitucional sólo señalaría “fallas de forma”, salvo que se estuvieran comprometiendo principios pétreos (... readopción de la esclavitud, etc.).

Para justificar su activismo jurídico, las Altas Cortes con frecuencia invocan una serie de principios (como si fueran sacrosantos): “razonabilidad”, “modulación”, aplicación de “derechos fundamentales”; igual ocurre en Estados Unidos (Porter, 2008 págs. 86ss) que en Colombia (Montealegre, 2007; Ospina, 2007; Cuéllar, 2007).

Pero la verdad es que tales principios son, en sí mismos, bastante subjetivos y darían para justificar múltiples acciones con resultados socioeconómicos y fiscales bastante diversos. Esto es lo que, con gran tino, De la Calle (2007b pág. 52) denomina las “construcciones ideológicas” de la Corte Constitucional; siendo uno de los ejemplos más patéticos el del régimen de transición pensional, convertido en “derecho adquirido” por la vía de la mera expectativa del ciudadano; también está el caso del régimen de la salud (Steiner *et al.*, 2008).

Bien argumentaba Dworking que se “usan principios” para explicar “simples preferencias”. Es bastante común que al interior de las Altas Cortes se discuta la lógica de tal o cual tema y que, una vez llegados a un acuerdo, se le solicite a los auxiliares de los magistrados (*clerks*) que escriban la argumentación jurídica que justifique en “términos legales” dicha decisión.

De hecho, el propio Porter (2008 págs.286-289) lo relata de la siguiente manera:

“La expansión del papel de los jueces auxiliares de la Corte Suprema de Estados Unidos ha generado mayor confort-judicial en años recientes. Casi que no existen fallos que no se puedan justificar elegantemente. Así, un magistrado puede, sin tenerlo que escribir él directamente, justificar las bases de un fallo que simplemente obedecen a su visión subjetiva del problema a mano...”

En cierto sentido, un juez que opere en las Altas Cortes tiene un papel político. Dicha Corte puede mantener “su dedo conteniendo el dique” hasta que la opinión pública lo presione para removerlo.”

A manera de síntesis

¿Cuál debe ser entonces el papel de la Corte Constitucional? Muy sencillo: el uso de su “poder legislativo negativo” (Botero, 2000; Clavijo, 2001), en el sentido de vetar aquellas leyes que presentan fallas de procedimiento (incumplimiento de reglamentos operativos) y/o abierta y expresa violación de principios constitucionales (por ejemplo, readopción de la esclavitud o reelección presidencial reiterativa).

Las Cortes no pueden andar enmendando las leyes, especialmente las económicas, o añadiéndoles su exégesis sobre “mínimos vitales” y “dignidad humana” a cada tema tributario, pensional o de salud que se somete a su revisión o dictamen.

¿Pero qué hacer cuando un gobierno recurre a preguntarle al pueblo o cuando simplemente cuenta con las mayorías para andar reformando la Constitución a su antojo en el Congreso?

Aquí es donde surge el papel central de las Altas Cortes para señalar que existen unas “cláusulas pétreas” que contradicen principios fundamentales de dicha Constitución y, por lo tanto, deben estar en capacidad de usar su “poder legislativo negativo” en este caso. Este veto-constitucional de contenido también debe poderse ejercer frente a las propias reformas constitucionales, aunque no frente a las reformas obtenidas mediante la convocatoria de una Constituyente (cuando el “pueblo” actúa como el legislador primario a través de sus delegados a dicha Constituyente).

Claramente la próxima Constituyente (... para la cual René Higuita ya ha reservado su cupo) deberá dejar explícitamente escrito lo obvio: ningún mandatario, por más de que cuente con las mayorías para estar reformando la Constitución, podrá apli-

carse para sí mismo y durante su mandato actual los cambios resultantes de dichas reformas constitucionales. También es indispensable proteger dichos principios constitucionales a través del requerimiento de mayorías calificadas (de dos terceras partes de las respectivas cámaras legislativas) para aprobación de reformas a la Carta. Sólo de esta manera evitaremos que se aprueben casi dos reformas constitucionales por año (un total de 27 en 18 años de vigencia de la Carta de 1991), equivalente a haber alterado un 15% de su contenido, en partes vitales.

III. ILUSTRACIONES DEL CASO COLOMBIANO

En este capítulo analizaremos diversos casos referidos a las fallas existentes en nuestro andamiaje jurídico. Ilustraremos nuevas “joyas” del activismo económico a cargo de la Corte Constitucional del período 2001-2008, complementando las ya descritas del período 1994-2001 (Clavijo, 2001) y las del período 2002-2004 (Clavijo, 2003). También comentaremos sobre los peligros del uso indiscriminado de la tutela y la urgencia de reglamentarla.

Por último, señalaremos los problemas que ha generado la llamada “inseguridad jurídica” en diversos campos, donde la lección básica es la importancia de profundizar el conocimiento temático de los jueces, antes de pronunciarse en zonas específicas donde abundan las complejidades actuariales, financieras, tributarias y fiscales.

Los casos colombianos los hemos clasificado en tres áreas: a) temas institucionales (incluyendo los referidos a la reelección, las tutelas y la actitud de los jueces); b) temas con incidencia económica (especialmente referidos a la seguridad social-laboral y la regulación financiera en épocas de crisis); y c) temas sobre estructura y organización jurídica.

A. TEMAS INSTITUCIONALES

Balances y contrapesos institucionales en Colombia

*(Informe Semanal de Anif No. 951, octubre 20 de 2008)**

Como es bien sabido, Anif había mencionado que la Corte Constitucional (CC) ha debido “modular” la exequibilidad de la reelección presidencial inmediata. Para ello bastaba con ordenar que, en dicho caso, los funcionarios cabeza de los organismos de control, las Altas Cortes y los entes independientes, incluyendo la Junta Directiva del Banco de la República (BR), también quedaran automáticamente reelectos por períodos equivalentes. Esto con el fin de evitar que el Ejecutivo termi-

* Con la colaboración de Mario J. Castro.

nara con excesivo poder y falta de “balances y contrapesos” (*Informe Semanal* No. 842 de julio de 2006).

Es posible que la Corte Constitucional hubiera respondido nuestra sugerencia diciendo que “ella no tenía competencia para ello”. Pero cualquier ciudadano que lea con atención nuestra Carta Política vería al rompe que dichos “balances y contrapesos” forman parte fundamental del equilibrio constitucional y que no se trataba de un tema accesorio.

Dicho de otra manera, debe existir un doble equilibrio: uno entre las ramas del poder (Ejecutiva, Legislativa y Judicial); y otro entre los organismos de control (Procuraduría, Contraloría y entes autónomos), incluyendo en estos últimos de forma vital al Banco de la República (BR), la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y de Aguas (CRA), así como la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), todas con rango constitucional.

Es difícil entender entonces cómo se pudo cambiar “el artículo”, sin percatarse la propia CC de que se estaba alterando lo que ella había denominado en otros fallos como “cláusulas pétreas”: no habrá monarquía, no habrá esclavitud; no habrá Ejecutivos reelectos de forma reiterativa, aun si el pueblo, “en su sabiduría”, considera que ello luce como lo más apropiado para determinado momento.

Ante la perspectiva de segundos y terceros mandatos presidenciales consecutivos, por la vía de las reformas constitucionales o de “andarle preguntando al pueblo” (desdibujando la esencia de la llamada *democracia representativa*), vale la pena reflexionar sobre lo ya ocurrido en materia de alteración de “balances y contrapesos”. Aquí analizaremos el caso de los cuerpos colegiados: CC, BR, CREG y CNTV. De igual manera, resulta pertinente examinar cómo dichos balances y contrapesos se afectarían en el caso de un tercer período presidencial.

Banco de la República (BR)

Siguiendo la tendencia internacional, la Constitución de 1991 le otorgó al BR como su principal responsabilidad la preservación de la estabilidad de precios. Posteriormente, la CC aclaró que se trataba de un mandato “jerárquico” que debía buscar la disminución de la inflación, pero en el contexto de programas de gobierno que buscaran la generación de empleo (tal como había ocurrido con la Fed a partir de 1951). Para ello, se estableció el BR como una entidad independiente de los tres poderes públicos, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica.

Adicionalmente, se le prohibió realizar operaciones directas de financiación al gobierno, a menos que contara con el voto unánime de los miembros de su Junta Directiva. Dicha Junta

autónoma está compuesta por siete miembros: el ministro de Hacienda, cinco codirectores y el gerente general. Este último nombrado por dicha Junta. El gerente y los cinco codirectores permanecen durante períodos de cuatro años, prorrogables hasta completar servicios por un máximo de doce años. A su vez, el presidente de la República tiene la potestad de reemplazar a dos de los codirectores, una vez transcurridos los dos primeros años de su período presidencial. Esto se diseñó así para evitar que un mismo gobierno pudiera nombrar a la mayoría de los codirectores, alterando la influencia del Ejecutivo sobre las decisiones de la Junta.

Infortunadamente, la reelección inmediata dio al traste con este cuidadoso arreglo institucional establecido por la Constitución de 1991, permitiendo al gobierno reelegido nombrar a la mayoría de los miembros de la Junta. En efecto, durante el período 2002-2003, el presidente Uribe tuvo potestad para nombrar un codirector por renuncia voluntaria. Adicionalmente, a mitad de su primer mandato (inicios de 2005) pudo nombrar “de oficio” a otros dos, totalizando tres de cinco, un 60% de dicha Junta (ver cuadro 1). A mitad de su segundo mandato (inicios de 2009) habrá podido nombrar a los cinco codirectores bajo Uribe-I-II. Los miembros restantes son el ministro de Hacienda (por definición parte del gobierno) y el gerente, quien es elegido por la Junta Directiva saliente (en diciembre de 2008).

Independientemente de la calidad técnica que han mostrado sus miembros en la historia del BR (1991-2008), no cabe la menor duda de que la capacidad para ejercer balances y contrapesos se ha minado por cuenta del nuevo arreglo institucional de reelección inmediata.

Corte Constitucional (CC)

La Constitución de 1991 estableció una CC integrada por nueve magistrados, nombrados por el Senado de la República para períodos individuales hasta un máximo de ocho años. Los postulan en ternas designadas por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Dependiendo de la conformación histórica de dichas cortes y del proceso de ratificación del Senado, dicha CC podría ejercer en mayor o menor medida sus balances y contrapesos frente al Ejecutivo.

Como se observa en el cuadro 1, en el período 2002-2005, tres de los nueve magistrados en ejercicio pertenecían a las ternas presentadas por el gobierno anterior de Pastrana, tres a las ternas presentadas por el Consejo de Estado y tres a las ternas presentadas por la Corte Suprema.

En el período 2006-2008, se tiene que un magistrado proviene de la terna presentada por el gobierno Uribe-I, dos pertenecen a las ternas presentadas por el gobierno Pastrana, tres a las ternas presentadas por el Consejo de Estado y tres a las ternas presentadas por la Corte Suprema. En este sentido, la CC parece estar relativamente mejor distribuida en sus orígenes de postulación y elección que el BR, contando con un buen potencial para ejercer sus balances y contrapesos.

Pero en los años 2009-2010 estarán cambiando seis de los nueve magistrados. Es difícil evaluar en este momento, dada su forma de postulación y ratificación en el Senado, cómo quedará dicho organismo respecto al Ejecutivo.

Cuadro 1. ¿Cómo van los "balances-contrapesos" por cuenta de Uribe I - II?

	2002-2005	2006-2008	2009-2010
Banco de la República (BR)			
# codirectores del gobierno	1	3	5
% del total del gobierno Uribe	20%	60%	100%
Corte Constitucional (CC)			
# magistrados del gobierno Uribe	0	1	?
# magistrados del gobierno Pastrana	3	2	?
# magistrados Consejo de Estado	3	3	?
# magistrados Corte Suprema	3	3	?
% del total del gobierno Uribe	0%	11%	?

Fuente: elaboración Anif.

Comisión de Regulación de Energía y Gas

La CREG está compuesta por el ministro de Minas y Energía, el ministro de Hacienda y Crédito Público, el director del Departamento Nacional de Planeación, y por cinco expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el presidente de la República para períodos de cuatro años.

En el período 2002-2005, el gobierno Uribe nombró a tres de los cinco expertos, es decir el 60% del total. Al final de Uribe-II, el Ejecutivo habrá nombrado cuatro miembros, es decir al 80%. En caso de Uribe-III, el Ejecutivo habría nombrado la totalidad del comité de expertos de la CREG.

Cuadro 2. ¿Cómo van los "balances-contrapesos" por cuenta de Uribe I - II?

	2002-2005	2006-2008	2009-2010
Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)			
# asesores del gobierno	3	4	5
% del total del gobierno Uribe	60%	80%	100%
Comisión Nacional de Televisión (CNTV)			
# comisionados del gobierno	2	2	2
# comisionados canales regionales	1	1	1
# comisionados facultades de comunicación	1	1	1
# comisionados liga de televidentes	1	1	1
% del total del gobierno Uribe	40%	40%	40%

Fuente: elaboración Anif

Comisión Nacional de Televisión

La CNTV está compuesta por cinco comisionados. De estos cinco comisionados, dos son escogidos por el gobierno, uno es escogido por los canales regionales, uno por las facultades de comunicación social del país y el último por la representación de la liga de televidentes.

Bajo este esquema, el 40% de los comisionados actuales lo hace en representación del gobierno, sin importar si se trata de un gobierno reelegido. El 60% restante lo hace en representación de los demás entes involucrados. Esto garantiza que el Ejecutivo no pueda contar (al menos directamente) con la mayoría.

Conclusiones

Hemos visto cómo la figura de la reelección inmediata alteró los balances y contrapesos institucionales dispuestos por la Constitución de 1991, los cuales estaban diseñados para períodos presidenciales de sólo cuatro años, siendo los casos más notorios los del BR y la CREG.

Ha quedado claro que los arreglos bajo las “democracias representativas” son, en realidad, bastante frágiles. Basta con

que alguien llegue al poder, se haga a las mayorías parlamentarias e impulse reformas constitucionales. Difícilmente las Altas Cortes podrían oponerse a ello, así se trate de “cláusulas pétreas”. Es importante entonces tomar conciencia sobre la importancia de reelegir las buenas políticas, antes que a las personas que, en hora buena, tuvieron el acierto del buen norte y la oportunidad histórica de impulsirlas.

Instituciones, democracia y reelección de las buenas políticas

(Comentario Económico del Día 10 de julio de 2008)*

La literatura económica ha venido penetrando el campo de la ciencia política a través de pensar estructuradamente sobre el papel de las instituciones en la consolidación de la democracia. De hecho, se ha demostrado, por varias vías, que sólo en democracias consolidadas se presenta una aceleración del crecimiento de forma sostenida (Zakaria, 2004).

A pesar de que “todos” identificamos las instituciones sólidas y operativas cuando las vemos, existe un serio problema a la hora de recomendar la construcción de esas “buenas institucio-

* Con la colaboración de Katherine Cartagena.

nes”. Por ejemplo, unos académicos trazan su origen desde la misma época de la Colonia (*circa* 1500) y se debate si éstas definieron desde aquel entonces la ruta que tomarían (Acemoglu *et al.* 2001) o si, por el contrario, mediaron muchos otros factores, tales como la geografía y el clima (Sachs, 2005).

Más recientemente, dichos académicos han encontrado serias dificultades en explicar el resurgimiento de sociedades no democráticas (Corea del Sur, Chile, Indonesia, Malasia y últimamente China) y su acelerada expansión económica (Rodrik, *et al.* 2002). Pero sobre lo que no cabe duda es que todas ellas han tenido que ir virando hacia arreglos institucionales cada vez más democráticos para lograr preservar y extender los beneficios sociales de ese mayor crecimiento, incluyendo la China comunista de Mao.

Reelecciones presidenciales				
Presidente	América Latina		Estados Unidos	
	Período	País	Presidente	Período
Menem	1989-1999	Argentina	Nixon	1969-1974
Fujimori	1990-2000	Perú	Reagan	1981-1989
Cardoso	1995-2003	Brasil	Clinton	1993-2000
Lula	2003-2011	Brasil	Bush G.	2001-2008
Uribe	2002-2010	Colombia		
Chávez	1999-2013	Venezuela		
Fuente: elaboración Anif.				

Pues bien, estas reflexiones resultan muy pertinentes a luz de lo que ha venido ocurriendo en América Latina desde mediados de los años noventa. Allí, una serie de gobernantes “exitosos” decidieron impulsar reformas constitucionales, aprovechando sus mayorías parlamentarias. No se trataba de simples cambios para futuras “mejoras”, sino de aplicarse ellos y de forma inmediata esas nuevas cláusulas, pudiendo así permanecer en el poder por más tiempo del que originalmente se les había ofrecido bajo el antiguo arreglo constitucional.

Éste fue el caso de Menem (1989-1999), Cardozo (1995-2003), Fujimori (1990-2000), Chávez (1999-2007 y nuevamente en 2008-2013), Kirchner y señora (2003-2011) y Uribe (2002-2010). Inclusive en este último caso se especula si estaría impulsando un referendo, tal como lo hizo Chávez en 2007, para optar por un tercer período, Uribe-III, durante 2010-2014. Tal vez la única loable excepción en América Latina ha sido el muy admirado presidente Lagos (2000-2006) de Chile, quien, contando con una amplia favorabilidad de la opinión pública, optó por respetar el arreglo constitucional vigente.

En varios países del “mundo desarrollado” la democracia también es frágil, pues se ha instituido la figura de la “reelección inmediata”, salvo que se compruebe corrupción y un gran desatino gubernamental (Nixon 1969-1974). En la historia reciente de

Estados Unidos han sido reelectos Reagan (1981-1989), Clinton (1993-2000) y Bush hijo (2001-2008); también presenciamos el fallido intento Bill-Hillary de operar a la Kirchner durante el período 2009-2012. En Estados Unidos ya es común el uso del presupuesto para asegurar dicha reelección, pero al menos se han sincerado y lo llaman por su nombre: “los fondos presupuestales del barril de los marranos”.

Ha quedado entonces claro que los arreglos “democráticos” basados en las constituciones vigentes son, en realidad, bastante frágiles. Basta con que alguien llegue al poder, se haga a las mayorías parlamentarias, y recurra al apoyo presupuestal para proceder a modificar las reglas del juego democrático. Así, “partidos” planeados para 90 minutos, independientemente del marcador del primer tiempo, pueden “legítimamente” pasar a durar 180 o 360 minutos, aduciendo el bien de la mayoría.

Lo malo de estos esquemas reelectorales es que la mayoría de las veces no sólo debilitan las instituciones parlamentarias, sino que destruyen los mecanismos de “balances-contrapesos” que deben ejercer las Altas Cortes y los cuerpos colegiados (tales como el Banco Central y las entidades reguladoras de los servicios públicos). Se cae entonces en un modelo no sólo antidemocrático (en sentido estricto), sino algo mesiánico, donde en vez de fortificar los partidos políticos, el

debate parlamentario y la pluralidad, se da paso a la dependencia del “salvador”.

Todo lo anterior debe dejar claro que lo importante es identificar las buenas políticas, implementarlas y luchar por reelegir esas buenas prácticas, en cabeza de partidos fuertes y diversos líderes idóneos. Ojalá que Colombia esté a la altura del período presidencial 2010-2014 y se compruebe que, durante todo el período 2002-2010, se han venido construyendo mejores instituciones, fortaleciendo los partidos políticos fuertes-honestos y, sobre todo, con mejores “balances-contrapesos”.

Las Altas Cortes y la reforma a la tutela

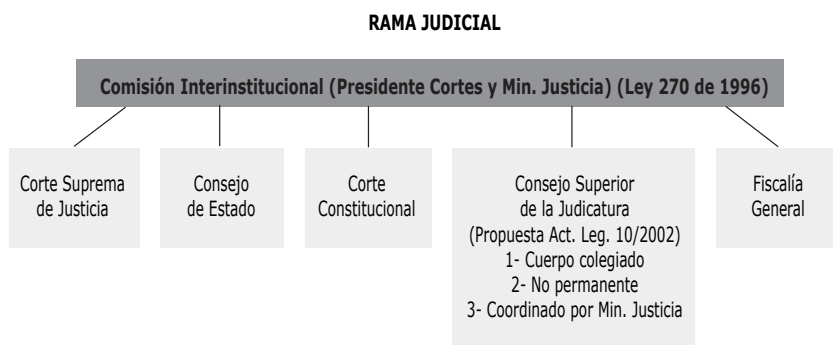
(Informe Semanal de Anif No. 831, mayo 15 de 2006.

El pasado 20 de abril de 2006, la Comisión I de la Cámara de Representantes tuvo la buena iniciativa de convocar a un nuevo debate público sobre la reforma a la justicia. Como se recordará, la administración Uribe había propuesto una serie de profundas reformas al sistema jurídico colombiano durante el segundo semestre de 2002 (gráfico 1), pero dichas iniciativas encontraron serias resistencias en las Altas Cortes y, en general, el rechazo por parte del *statu quo* judicial.

Han cursado desde aquella iniciativa casi cuatro años (2002-2006) y el problema de caos jurídico, lejos de haber disminuido, se ha agravado: la “falta de últimas instancias jurídicas”, los “choques de trenes” entre las Altas Cortes y la tutela como la vía ordinaria para impugnar los propios fallos que produce el sistema judicial se han vuelto la “norma” diaria. En este sentido, resulta muy oportuno el nuevo despertar del Congreso para examinar en profundidad este tema de reforma a la justicia, el cual deberá formar parte central de la agenda legislativa de la nueva administración del período 2006-2010.

Antecedentes jurídicos. La Constitución de 1991 tiene la virtud de haber conformado un marco legal más “abierto”, en el

Gráfico 1. Nueva organización de la rama judicial en Colombia



Fuente: Anif.

sentido de dar acceso a los ciudadanos a mecanismos efectivos de reclamo para lograr una “pronta y cumplida justicia”. Las llamadas “acciones de cumplimiento” (reclamos colectivos) y la tutela (reclamo individual) han sido los mecanismos estrella que intentan llevarle justicia al grueso de la población colombiana.

Cabe recordar, sin embargo, que no se trata de mecanismos de invención “criolla”, pues es bien conocida la efectividad del llamado “recurso de amparo”, instituido en la Constitución española de 1978, o las diversas figuras del *injunction* utilizadas en el mundo anglosajón con bastante anterioridad. Lo que sí ha resultado patéticamente santanderista (por el caos legal que ha generado) es la forma como se aplican estos mecanismos en Colombia, particularmente la desordenada manera como se establecen y procesan las tutelas. A nivel conceptual, la tutela debería ser el mecanismo ágil a través del cual se llama la atención de la rama judicial para que ésta entre a ocuparse de un tema urgente, referido exclusivamente a la violación de los derechos más fundamentales de los individuos (no para dirimir pugnas institucionales).

La tutela debe ser el canal para encausar esos reclamos hacia la rama judicial y no un mecanismo de juicio sumario que, por lo demás, ha tenido un efecto *boomerang* sobre la aplicación

de la justicia. La tutela no puede convertirse en un elemento de permanente “corrección” de lo actuado al interior de la rama, a riesgo de continuar agravando el caos jurídico.

En opinión de Anif, los dos problemas más graves que entraña hoy la aplicación de la tutela en Colombia son: 1) se ha vuelto un mecanismo para entabrar la aplicación de la justicia y no simplemente un canal de acceso a la misma, y 2) se ha desdibujado su propósito de “recurso último”, tornándose en el mecanismo alternativo-ordinario que hace difícil crear jurisprudencia (normas de aplicación común) y cuya utilización se ha extendido mucho más allá del razonable concepto de defensa de los “derechos fundamentales”.

La tutela como puerta de entrada a la justicia. Con inusitada frecuencia les hemos escuchado a magistrados de las Altas Cortes y a connotados juristas que la mejor prueba de que la tutela está cumpliendo su papel es que dicho mecanismo se viene invocando a razón de unas 90.000 tutelas por año, cifra resultante de promediar las tutelas entabladas durante el período 1992-2005, según lo consignado en el cuadro 1. Lo primero que debe decirse a este respecto es que dicha estadística, por el contrario, puede ser la mejor prueba de que el sistema jurídico colombiano no está operando adecuadamente, pues la tutela debería ser el

recurso de excepción para “entrar al círculo operativo de la justicia” y no la norma de aplicación de la justicia.

En segundo lugar, las Altas Cortes y el Consejo Superior de la Judicatura están en mora de profundizar sobre el carácter de dichas tutelas para averiguar su campo de acción y el tipo de reclamos que ellas conllevan. Resultados preliminares nos indican que una alta proporción de dichas tutelas (65% en años recientes) ha tenido que ver con reclamos en el área de la seguridad social, lo cual daría *prima facie* la idea de que la tutela

Cuadro 1. Tutelas en Colombia: volumen y composición (1992-2005)

	Número	Porcentaje
Tutelas interpuestas		
Total	1.300.000	100%
Promedio año	92.857	
Tutelas revisadas por la Corte Constitucional	9.700	0.75% del total
A. Decisión		
Concedidas	6.790	70% de revisadas
No concedidas	2.910	30%
B. Temas		
Seguridad social (salud, pensiones, laboral)	6.305	65% de revisadas
Otros (educación, derechos de petición...)	3.395	35%
C. Contraparte		
Consejo de Estado	18	0.2% de revisadas
Corte Suprema de Justicia	31	0.3%
Resto	9.651	99%

Fuente: Anif (cálculos aproximados).

estaría cumpliendo su objetivo. Sin embargo, la mala noticia es que el grueso de ese tipo de reclamos se ha referido a “reajustes salariales-pensionales”. La propia Corte Constitucional tuvo que ponerle coto a estos desafueros en un reciente concepto de unificación de tutelas. En muchos casos los ciudadanos han recurrido a la tutela para poner “presión de tiempo” sobre los funcionarios públicos, descubriéndose posteriormente que se trataba de injustificados reclamos que rayaban en la estafa del erario público. En nuestra opinión, el establecimiento de tutelas en estos casos debe estar limitado a hacer cumplir la ley en materia de acceso a pensiones (no a sus reajustes) y a los servicios de salud, cuando quiera que los ciudadanos hayan cumplido con todos los requisitos allí establecidos.

Estas primeras pesquisas nos indican lo grave que ha resultado el desvío del mecanismo de la tutela: se está utilizando para impugnar decisiones de otras instancias judiciales y no para reclamar derechos que la aplicación ordinaria de la justicia ha debido encarar. Así, el uso promiscuo de la tutela no debería ser motivo de orgullo nacional, pues tiene implícito el grave problema de ineficacia de la justicia ordinaria, lo cual debería ser objeto de una investigación conducente a mejorar el acceso y la productividad del sector de la justicia.

Ojalá que en unos pocos años podamos referirnos al uso de la tutela como un mecanismo de excepción, tan sólo requerido para dar cumplimiento a las leyes en materia de educación, salud y vivienda (los estrictos derechos fundamentales). La tutela debe darle “entrada” a estos casos al torrente ordinario de la rama judicial. Una vez ganado dicho acceso, la tutela no tendría porque operar para “desautorizar” a sus propios jueces, pues para ello se han creado, desde tiempos inmemoriales, los tribunales superiores que examinan a fondo lo obrado dentro del sistema.

Los tribunales superiores y las Altas Cortes como “últimas instancias”. Nos resistimos a creer que la tutela se hubiera ideado como el mecanismo para andar “corrigiendo” los fallos de los jueces. Infortunadamente en ello se ha convertido: en Colombia la tutela es el mecanismo a través del cual un juez (de primerísimo nivel) puede impugnar el fallo de otro juez, así como el fallo de un tribunal superior, o incluso (quién lo creyera) desautorizar los conceptos de justicia emanados de una Corte Superior.

En efecto, el llamado “choque de trenes” al interior de la rama judicial en Colombia sólo parece comparable con el que se generó en Argentina y Brasil con la discusión de las liquidaciones pensionales del período 2000-2003. Sólo que en Colombia dicha inestabilidad jurídica también se ha extendido al área penal. ¿Qué “estabilidad jurídica” puede existir en Colom-

bia cuando un fallo de tutela de un juez corriente puede desautorizar, ante la Corte Constitucional, la ratificación que acaba de hacer la propia Corte Suprema de Justicia sobre un proceso judicial que lleva varios años de discusión ante las Altas Cortes? ¿Qué conclusión se puede extraer sobre un sistema jurídico que permite que la tutela, ideada para defender derechos individuales frente al Estado, termine siendo utilizada por parte de la propia Procuraduría para enfrentar a la Fiscalía General de la Nación?

El resultado no puede ser otro sino la existencia de un gran caos jurídico producido por el uso de la tutela como mecanismo de defensa frente al canal ordinario del sistema jurídico colombiano. El socorrido expediente de supuestas “faltas de garantías procesales” ha generado un efecto *boomerang* que desestabiliza la rama judicial como un todo.

Conclusiones. En síntesis, hemos visto que la distinción fundamental de la “productividad social” de estos mecanismos de reclamo (acciones colectivas y tutelas) en Colombia frente a la de otros países radica en su forma operativa, pues aquí se utiliza como un sistema de reclamo ante las propias instancias judiciales, lo cual ha generado un gran caos jurídico. Creemos que estos mecanismos deben utilizarse para poder “entrar al torrente de la justicia”, no para convertirse en “juicios suma-

rios” o para desautorizar la propia acción de la justicia. Debe instituirse un sistema legal menos “autista”, más investigativo, donde los jueces deben estar mejor informados sobre los determinantes socioeconómicos de los temas que juzgan, en fin, un sistema legal menos retórico y “más pragmático”.

Es entonces evidente que se requiere una serie de reformas que deben apuntar a: 1) mejorar la calidad y prontitud con que operan los canales ordinarios de la justicia, de tal manera que el uso de la tutela sea para reclamar la aplicación de esos canales (rescatar la tutela como el mecanismo de “entrada al torrente judicial”); 2) abolir el uso de la tutela para impugnar los fallos del sistema jurídico colombiano, pues para eso existen los tribunales superiores, que como cuerpos colegiados deben ratificar o corregir lo obrado por las instancias inferiores; 3) definir y precisar a nivel de una Ley Estatutaria el alcance de los llamados “derechos fundamentales” (interpretando de forma limitada su uso); y 4) aclarar cuáles son “las últimas instancias judiciales” para acabar, de una vez por todas, con el llamado “choque de trenes” que con frecuencia dejan en el aire los reclamos cruzados entre la Procuraduría, la Fiscalía, el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo de Estado, la Corte Suprema y la Corte Constitucional.

La tutela y el tránsito automotor en Colombia (Estudio de Caso 1)

(Comentario Económico del Día 31 de mayo de 2006)*

Anif se ha resistido a creer que la tutela se hubiera ideado en Colombia como el mecanismo para andar “corrigiendo” los fallos de los jueces y así desinstitucionalizar la aplicación de la justicia por las vías ordinarias. Como sabemos que la Reforma Constitucional, tendiente a habilitar la tutela como un mecanismo para *entrar* al torrente de la justicia, tomará mucho tiempo (e infortunadamente es posible que ésta nunca llegue), Anif se ha trazado la tarea de hacer un seguimiento juicioso de aquellos casos aberrantes en que la aplicación de la tutela genera un gran malestar social, supuestamente en aras de defender unos “derechos fundamentales individuales”.

Nuestro tema inaugural (Caso 1) tiene que ver con el inadecuado uso de la tutela para reclamar “derechos fundamentales” relacionados con el transporte, tema que nuestro *Código de Tránsito* ya debería tener perfectamente esclarecido. En enero de 2006, un transportador interpuso una tutela con el fin de que algún juez le permitiera matricular veinte nuevos microbuses en

* Con la colaboración de Camila Salamanca.

la congestionada y contaminada ciudad de Bogotá. La Secretaría de Tránsito y Transporte (STT) ya había expresado, ciñéndose a los códigos y reglamentaciones existentes, que esto no era posible, ni socialmente conveniente. De hecho, se sabe que dichas reglamentaciones habían establecido, desde 1993, la congelación de cupos, dado el caos y la saturación del parque automotor.

El transportador alegó que la STT le había “vulnerado sus derechos al debido proceso y al trabajo”, pues él tenía licencia para cinco rutas en la ciudad. Kafkianamente se alegaba que la ciudad no le podía “incumplir”, cuando la verdad es que una licencia no implica ni un derecho a expandir el servicio, ni un derecho que no pueda expirar en beneficio de la comunidad.

Tal como ocurre con la caótica aplicación de la tutela en Colombia (donde cualquier juez puede interponer el interés individual frente al bienestar colectivo), dicha tutela condujo a que se le obligara a Bogotá a autorizar la matrícula de esos nuevos buses; todo esto, por supuesto, sin que se hiciera ningún estudio ambiental, ni se evaluara el magnífico papel que ya ha venido demostrando el sistema masivo en materia de bajo costo, baja contaminación y alta eficiencia a nivel colectivo.

Si bien es cierto que en Bogotá la tasa de vehículos por persona no es alta (un vehículo particular por cada siete personas), comparada con otras ciudades de América Latina, el número de vehículos por vía urbana-transitable es elevadísimo (ver cuadro anexo). De hecho, la STT ha estimado que Bogotá tiene, en la actualidad, un exceso de cerca de 6.500 buses, busetas y colectivos. Cabe recordar que, en 2004, ya se había interpuesto un incidente de desacato de tutela en contra del alcalde de Cali, quien intentaba evitar el ingreso de 6.150 taxis. Finalmente tuvo que recurrir a la Resolución 1103 del 28 de diciembre de 2005

El tránsito automotor en Bogotá				
	Número de vehículos	Personas movilizadas/Día	Personas movilizadas por automotor/Día	Vehículos por km. de rutas urbanas
Particular	1.000.000	2.000.000	2	20.000
Transporte público colectivo	20.000	7.000.000	350	400
Transmilenio	902	940.000	1.042	18
Taxis	45.000	686.000	15	900
Total	1.065.902	2.656.500 *	352 *	5.330 *

* Promedio

Fuente: estimaciones Anif.

para frenar semejante caos, generado también por un pésimo uso de la tutela.

Como vemos, estas erradas decisiones de los jueces podrán incentivar a otras empresas a interponer tutelas similares y seguramente le tomará a la Corte Constitucional otros diez años llegar a conceptuar que la tutela no puede utilizarse para este propósito (tal como le acaba de ocurrir con los reajustes pensionales a través de tutelas). Para ese entonces, la congestión y contaminación de Bogotá (con 7 millones de habitantes) habrá alcanzado los niveles de México (con 18 millones de habitantes). ¿A los jueces que anteponen el interés individual frente al evidente beneficio colectivo quién los ronda?

La tutela y los derechos sociales (Estudio de Caso 2)

(Comentario Económico del Día de junio 7 de 2006)*

En este informe presentamos el segundo estudio de caso sobre las aberraciones a que puede conducir la aplicación del principio de tutela de forma indiscriminada, supuestamente en aras de defender unos “derechos fundamentales individuales”.

* Con la colaboración de Camila Salamanca.

Este segundo caso tiene que ver con el inadecuado uso de la tutela para reclamar derechos económicos que algunos buscan establecer como “derechos fundamentales”.

El pasado 2 de noviembre de 2005 fue aprobado, en la sesión plenaria del Senado, un proyecto de ley por medio del cual se crea la *Acción de Tutela Social*. Según el artículo 1º de dicho proyecto, esta acción deberá proteger los derechos a la alimentación, la seguridad social, la salud, el trabajo, la educación y la vivienda digna, entre otros. Si bien se argumenta que la protección de estos derechos es clave para preservar la parte sustantiva del llamado Estado Social de Derecho (ESD), se hace caso omiso de los inmensos costos fiscales y judiciales que todo esto acarrearía para Colombia. Este proyecto, bien intencionado, pero pésimamente estructurado, parte de la falsa premisa que aquello de salir de pobres es cuestión de “voluntad” del Estado y que basta con ordenarlo a través de las leyes.

Costos fiscales de la “Acción de Tutela Social”

	Millones de pesos	% del PIB
Alimentación		
Una comida diaria	4.745	1.69
Dos comidas diarias	9.491	3.37
Educación	2.288	0.8

Fuente: Anif con base en cálculos del Banco de la República.

La mecánica del proyecto, infortunadamente, intenta hacer realidad aquello que hoy se conoce como la “Constitución Viva”: tan sólo se requiere que un juez conceptúe que existe una deficiencia “vital” en materia de alimentación, salud o educación para que se imparta la orden de “financiación efectiva” por vía presupuestal. El Ministerio de la Protección Social, mediante el Fosyga, estaría obligado a girar todo lo relacionado con alimentación-salud.

El Banco de la República ha estimado que el costo anual de abastecer con una comida diaria de tan sólo \$2.000, en caso de que el 100% de la población potencialmente beneficiaria interpusiera una tutela reclamando el derecho a la alimentación, ascendería a cerca del 1.7% del PIB (es decir \$4.7 billones). Sufragar este gasto implicaría tener que elevar la tasa del IVA de 16% a 17% y generalizar su aplicación a todos los bienes.

En el caso de que un juez dé la orden de que deben proveerse dos comidas diarias, este costo fiscal ascendería al 3.4% del PIB (\$9.4 billones). Todo lo demás constante, esto implicaría elevar entonces la tasa del IVA de 16% a 18% y volverla universal. Por esta vía pronto empezaríamos a implementar la “socialdemocracia” en materia de IVA, pero con el agravante de no estar solucionando ninguna de las otras amenazas fiscales,

tales como la cobertura universal en salud, los requerimientos del plan de Seguridad Democrática-II y el pasivo pensional de caja que seguirá creciendo entre 2006-2010.

Para el caso del derecho a la educación, aunque el proyecto no menciona las dependencias que serían responsables, es probable que los costos asociados lleguen a los \$2.3 billones (0.8% del PIB), obviamente con cargo al presupuesto de la Nación.

En el caso del “derecho a la vivienda digna”, este proyecto de ley daría pie a que las obligaciones en materia de créditos hipotecarios y hasta las obligaciones del impuesto predial pasaran a cargo del Estado. Colombia ya experimentó una gran crisis financiera (1999-2002) y nos ha tomado más de cinco años volver a enderezar la economía. Es claro que este tipo de experimentos “colectivos” sería totalmente contraproducente para la exitosa trayectoria que ha traído la economía de Colombia en estos años de recuperación 2002-2006.

La Corte Constitucional ha dado (recientemente) muestras de sindéresis al prohibir que las tutelas puedan seguirse utilizando para el reajuste de las pensiones. Más aun, la semana pasada la Corte hizo el trascendental anuncio de que dichas tutelas tampoco podrían utilizarse para “reclamar” la entrada de más vehículos públicos.

Anif considera que ha llegado la hora de que la Corte Constitucional, por iniciativa propia, expida un fallo reglamentario del uso de la tutela, dejando claro que el proyecto de ley recién aprobado por la plenaria del Senado es inconstitucional, pues a través de él se estaría generalizando el uso de la tutela como “el comodín legal” para implantar la vía del gasto público por ordenanza de los jueces.

El indebido uso de la tutela en procesos ejecutivos (Estudio de Caso 3)

(Comentario Económico del Día 17 de agosto de 2006)*

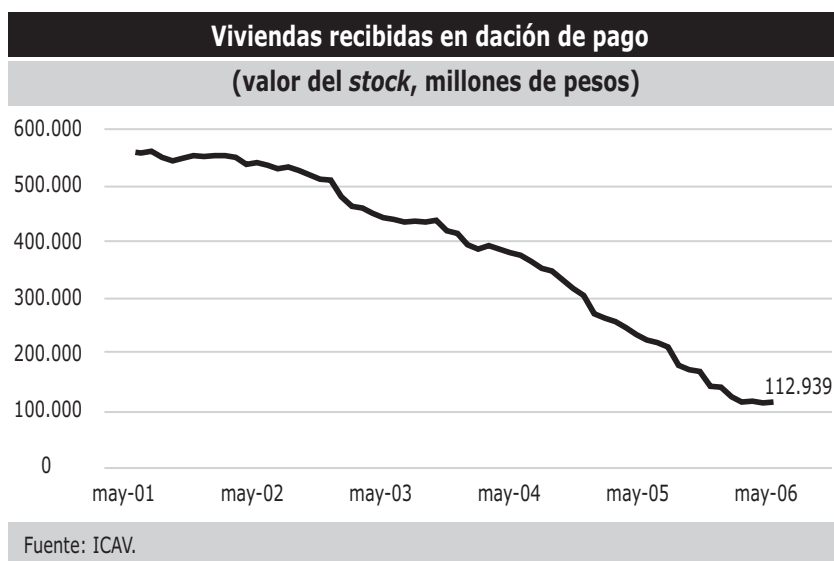
El pasado 6 de abril de 2006, la Corte Suprema de Justicia de Colombia (no confundir con la Corte Constitucional) dictó una sentencia en la que reiteraba que la acción de tutela no es procedente para tratar temas que se encuentran en procesos ejecutivos, especialmente si el accionante no ha usado antes todos los mecanismos ordinarios del caso.

Esta sentencia constituye una excelente noticia para ayudar a “organizar” la justicia colombiana. Anif ha venido apoyando

* Con la colaboración de Camila Salamanca.

la idea de que la tutela debe ser un mecanismo para “entrar al torrente” de la aplicación de las leyes (ver *Informe Semanal* No.831 de mayo de 2006) y no un instrumento para entrabar los procedimientos señalados por la Constitución y las leyes que emanan del Congreso.

Curiosamente, la Corte Suprema se vio forzada a tomar esta decisión luego de que se interpusiera una acción de tutela que intentaba frenar un proceso ejecutivo hipotecario. En un primer fallo, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja había obligado a unos particulares, como correspondía, a pagar una suma que debían por la compra de un inmueble a la Central de Inversio-



nes Cisa, entidad de carácter público. No conformes con la sentencia, los afectados interpusieron una tutela para “enfrentar” al juez. Éstos alegaban que se les habían vulnerado “sus derechos fundamentales al debido proceso”, el acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la vivienda en condiciones dignas. Pero, según Cisa, los demandantes sí adeudaban dichos dineros y se encontraban en mora hipotecaria. Cisa argumentó que, de hecho, los demandantes habían acordado pagar la suma de \$40 millones en marzo de 2005 y no lo habían hecho.

Como se ve, allí se recurrió nuevamente a la tutela como el vehículo jurídico más expedito para entabrar la aplicación de la justicia. Si los afectados sentían vulnerados sus derechos, lo correcto, en un país jurídicamente organizado, era recurrir a la instancia superior de cuerpo colegiado para que allí examinaran las actuaciones del juez.

Afortunadamente, la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Tunja negó dicha tutela, afirmando que ese debía ser “un mecanismo residual” reservado para ocasiones en que no existían otros medios regulares. Esta decisión fue confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que, al fallar las tutelas interpuestas en el curso de procesos ejecutivos, es necesario verificar antes dos elementos: i) la vigencia del proceso ejecutivo, y ii) que el demandante haya

agotado previamente los demás recursos legales. Aníbal aplaude el accionar del Tribunal Superior de Tunja y de la Corte Suprema, pues pone de presente que la acción de tutela no puede convertirse en un mecanismo ordinario para revivir términos ya vencidos o para suplir la “inactividad de las partes”.

El siguiente paso le corresponde a la Corte Constitucional y al Congreso de la República para que mancomunadamente expidan una ley estatutaria que evite estos indebidos usos de la tutela. Ya es hora de poner coto a las tutelas temerarias que lo único que buscan es entrabar las competencias de la propia Rama y el respeto a las instancias superiores de los cuerpos colegiados.

Los en-tutelables cerros de Bogotá **(Estudio de Caso 4)**

(Comentario Económico del Día 13 de diciembre de 2006)*

El 28 de junio de 2006 la Alcaldía Local de Usaquén, a instancias de la Contraloría Distrital, entró a demoler dos casas que habían sido construidas sin las licencias ambientales requeridas y amenazaban con continuar deteriorando la reserva forestal de

* Con la colaboración de Camila Torrente.

los cerros orientales de Bogotá. Se estima que existen otros noventa casos en situaciones similares.

Pues bien, “en la tierra del Santanderismo y las leguleyadas”, los afectados decidieron usar (una vez más) la tutela como el mejor expediente para evitar la aplicación de la ley. En efecto, dicha tutela buscó anular la Resolución 099 del 15 de junio de 2006 de la Alcaldía Local de Usaquén que ordenaba la demolición, para lo cual se recurrió al conocido sainete de alegar la “violación al debido proceso”.

Dicha tutela fue inicialmente negada por considerarse “improcedente”, ya que debían previamente “agotarse las instancias dentro del sistema judicial”. Los afectados decidieron entonces pedirle al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que verificara el cumplimiento del debido proceso. Cumplida esta etapa, la alcaldía fue autorizada en septiembre de 2006 a seguir adelante con las demoliciones del caso. Los afectados recurrieron entonces a la Personería de Bogotá para que evitara lo que, según ellos, era un “allanamiento”, comprometiéndose los mismos propietarios a demoler sus ilegales construcciones. El plazo otorgado de noventa días está pronto a vencerse y la ciudadanía aguarda el resultado de este kafkiano proceso en pro de la defensa de la reserva forestal de Bogotá. Seguramen-

te vendrán más tutelas (de todo tipo) para evitar que se cumpla la ley en los otros noventa casos en disputa. Lo que debería ser una aleccionadora experiencia contra constructores sin escrúpulos ambientales, amenaza con convertirse en una “nueva ley de burlas”.

Cabe recordar que, hace ya unas tres décadas, dicha zona había sido declarada “reserva nacional” por medio de la Resolución 076 de 1977 expedida por el Inderena. Aprovechando el caos que se ha generado entre las diversas entidades del Estado (Inderena, Dama, Distrito, alcaldías menores), ahora se usa

Autoridades involucradas en el cuidado de los cerros orientales de Bogotá

Inderena	Expidió la Resolución 076 de 1977, pero sólo se registró en 2005.
CAR-DAMA	Deben trabajar en conjunto para diseñar políticas ambientales y su financiación.
Gobernación de Cundinamarca y Alcaldía de Bogotá	Deben solucionar problemas de competencia.
Ministerios de Educación, Salud y secretarías	Deben ajustar sus políticas sociales al POT.
Curadurías	Requieren estar al tanto de todas las regulaciones y hacerlas cumplir.

Fuente: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.(2006) “Los Cerros Orientales de Bogotá: patrimonio cultural y ambiental del distrito capital, la región y el país”.

la tutela como mecanismo de entorpecimiento de la aplicación de la ley. Ésta es muy clara al respecto, pues el Artículo 318 del Código Penal dice: “quien desarrolle, promueva, patrocine, colabore, facilite o permita la parcelación, urbanización o construcción de inmuebles sin el lleno de los requisitos, incurrirá en prisión de tres a siete años”. Además, para el daño de los recursos naturales el Código Penal contempla “pena de prisión de 32 a 108 meses y multa entre 133 a 15.000 salarios mínimos legales mensuales”.

Este estudio de Caso No. 4 nos ilustra cómo en Colombia la tutela sigue operando como una “patente de corso” para entorpecer la aplicación de la ley, en vez de ser el canal a través del cual ésta se logra encausar. En varias ocasiones Anif se ha resistido a creer que la tutela se creó en Colombia como mecanismo para “corregir” los fallos de los jueces y así desinstitucionalizar la aplicación de la justicia ordinaria. Infortunadamente, el gobierno ha dejado morir la iniciativa de reforma a la Rama Judicial, de tal manera que se evite el uso de la tutela contra sentencias judiciales. He aquí un caso más en el cual la aplicación temeraria de la tutela en diferentes instancias ha logrado entorpecer la aplicación de la ley.

Altas Cortes:
¿moralistas, historiadoras o investigadoras?
(Comentario Económico del Día 13 de diciembre de 2007)

A nivel internacional, las decisiones de las Altas Cortes oscilan entre un péndulo ideológico de corte liberal-izquierda y uno de talante conservador-derecha. La mayoría de los grandes temas legales (aborto, discriminación racial, derechos de parejas o privacidad ante el Estado) están mediados por concepciones ideológicas y permeados por el calor de la contienda política del momento. A fin de cuentas, el balance político entre los magistrados que conforman las Altas Cortes depende del Ejecutivo que los postula y de los congresos que los ratifican.

Así, el llamado “juicio en derecho” que aplican las Altas Cortes en estos grandes temas no son más que una racionalización *ex post facto* de dichas concepciones políticas, presentadas (eso sí) bajo “impecables” fallos que argumentan conforme a la exégesis y al paradigma jurídico del momento. Por eso no debe sorprendernos que una misma carta política sustente que, en determinado ciclo político, sea exequible la esclavitud, la discriminación racial y de género, la invasión de otras naciones y que se prohíba el aborto. Pero, posteriormente, y sin necesidad de que medien enmiendas constitucionales, es posible que resulte

inexequible todo lo anterior; esto gracias a la exégesis que aplican los magistrados conforme a ese ciclo político de sus postulantes y de sus ratificadores (Clavijo, 2001).

Estos vaivenes forman parte de la esencia del “juego político” que habilitan las democracias representativas y ello resulta ineludible (Zakaria, 2004). Pero entonces es necesario tomar conciencia de la existencia de dicho ciclo político para: 1) saberlo manejar de forma ordenada, evitando generar “inseguridad jurídica” y “progresando” paso a paso de acuerdo con las “mejores prácticas”; y 2) no “tragar enteras” las argucias jurídico-argumentativas de muchos fallos, sino proceder a examinar la esencia del problema y sus posibles soluciones.

Tutelas en Colombia: volumen y composición (1992-2005)

	Número	Porcentaje
Tutelas interpuestas		
Total	1.300.000	100%
Promedio año	92.857	
Tutelas revisadas por la Corte Constitucional	9.700	1%
A. Decisión		
Concedidas	6.790	70%
No concedidas	2.910	30%
B. Temas		
Seguridad social (salud, pensiones, reclamaciones laborales...)	6.305	65%
Otros (educación, derechos de petición ...)	3.395	35%
C. Contraparte		
Consejo de Estado	18	0.2%
Corte Suprema de Justicia	31	0.3%
Resto	9.651	99%

Fuente: Anif (cálculos aproximados).

Aplicar estas recomendaciones implicaría alejarnos cada vez más del nefasto legado de las Altas Cortes *moralistas*, acercándonos un poco más a las Altas Cortes *historiadoras* y, sobre todo, ir construyendo rápidamente las Altas Cortes *investigadoras*. Estas últimas requieren equipos multidisciplinarios que les ayuden a entender la esencia de los problemas socioeconómicos, que les ayuden (quién lo creyera) a distinguir los intereses del capital en un esquema crediticio, a distinguir las contribuciones pensionales de los réditos pensionales; en fin, unas Altas Cortes donde prime la comprensión de los problemas sobre los latinajos-moralistas.

En el caso de Estados Unidos, el sesgo izquierdista de las Altas Cortes ha estado comandado por la escuela activista de la llamada “Constitución Viviente”, por cierto, con muchos seguidores en las prestigiosas universidades de Harvard-Yale. Este expediente activista puede llegar a generar una peligrosa inestabilidad jurídica, especialmente donde no han prevalecido los “códigos escritos”, sino la práctica del día-a-día (la llamada *Common Law*). Hasta la fecha, la *Common Law* ha logrado proteger los derechos económicos, sin mayor incidencia de las Altas Cortes sobre el mundo de los negocios (Clavijo, 2004).

Del otro lado tenemos la escuela conservadora, de tipo “minimalista”, que intenta restringir sus interpretaciones constitucio-

nales a lo estrictamente “escrito”, donde los jueces deben hacer cumplir las leyes y/o respetar las prácticas comunes. Esta escuela “minimalista” ha tenido muchos adeptos en la Universidad de Chicago, donde se percibe una importante interacción entre su escuela de derecho y las de negocios y economía.

¿Qué implicaciones tiene todo esto para las Altas Cortes colombianas?

Caben al menos tres reflexiones: 1) es crucial acotar la fase de interpretaciones múltiples por las que atraviesa nuestro sistema jurídico desde la Constitución de 1991, donde la ausencia de “instancias últimas” está desbarrancando nuestro sistema jurídico (ver *Informe Semanal* No. 831 de mayo de 2007); 2) debe ponerse fin a la proliferación de tutelas en contra de fallos judiciales, donde muchas de ellas están siendo utilizadas para reclamar ajustes pensionales (a pesar de la prohibición expresa de la Corte), ver cuadro adjunto; y 3) se requiere que las Altas Cortes cuenten con equipos investigativos multidisciplinarios para estar en capacidad de entender complejos problemas intertemporales, con grandes incidencias fiscales y redistributivas a nivel social. Dicho de otra manera, el gran desafío de las Altas Cortes es volverse menos moralistas, menos retóricas, menos autistas, y más estudiosas, investigativas y pragmáticas (Posner, 2003), para estar en capacidad de entender las raíces de los problemas socioeconómicos y sus incidencias fiscales.

Reflexiones sobre el aparato judicial: la ley, los jueces y sus prácticas

(Comentario Económico del Día 2 de abril de 2009)*

Los medios internacionales han asimilado la llegada de la administración Obama con paquetes de salvamento financiero y mayor gasto público para reactivar la deprimida economía de Estados Unidos. Poco se ha mencionado que, al interior de dicho país, existe una gran esperanza de que el propio abogado-demócrata-presidente Obama use esas tres condiciones para darle un pronto vuelco al “aparato judicial norteamericano”.

La conclusión básica que hoy se tiene es que el aparato judicial de Estados Unidos ha sido víctima de su propio éxito, pues ahora pululan las llamadas demandas “temerarias” que nadie ha podido atajar. *The Economist* (“La ley vs. el sentido común”, enero 17 de 2009) relata, por ejemplo, cómo una familia coreana fue llevada hasta la quiebra por un cliente que la demandó por haber perdido una prenda dejada en su lavandería. Defenderse le costó el capital ahorrado durante años y ahora han decidido salir de Estados Unidos.

Este tipo de relatos se une a la cadena de demandas temerarias que han tenido que enfrentar las tiendas que no advierten

* Con la colaboración de Camila Torrente.

a su clientela que “el café está caliente”, las escuelas que no avisan a los padres que “tendrán que llamar a la policía” si sus hijos no hacen caso (pues los maestros están impedidos para reprenderlos), o los dentistas que podrían ser demandados por “malas prácticas que arriesgan contagio del Sida”. Todo ello no sólo ha encarecido de forma absurda la prestación de casi todos los servicios en Estados Unidos, sino que explica el *offshoring* de muchos de esos servicios.

Así, la aplicación “temeraria” del aparato judicial amenaza con frenar el desarrollo en Estados Unidos. ¿Será que un presidente-abogado-demócrata se enfrentará al poderoso sindicato de los maestros (con cuotas elevadas en el partido demócrata)? Y ¿será que logrará organizar el aparato judicial para que “su elevada eficiencia” no entrase su desarrollo económico?

Por el contrario, en Colombia la conclusión es casi la opuesta: la ineficacia del sistema continúa dando la señal errada de que lo “más conveniente es tomar la justicia en nuestras propias manos”. El problema es aún más grave en nuestro país: con frecuencia tenemos la sensación de que el dictamen jurídico dependerá de quién es el juez y de cuál la rama involucrada, y no del marco legal existente. Dicho de otra manera, si la alteración del cuerpo de jueces en tal o cual caso nos lleva a concluir que el dictamen se verá alterado, ello quiere decir que “La Ley” no

existe; lo que existen son jueces que tenderán a interpretarla a su amaño.

El caso más patético lo ha vivido el país recientemente con el tema de la parapolítica. ¿Cómo así que alguien puede escoger cuál será el cuerpo de jueces que le corresponde por temor a que tal o cual cuerpo no se ajuste a la ley? ¿Cómo así que crímenes cometidos en Colombia deben ser juzgados por jueces del exterior, supuestamente para evitar la impunidad en nuestro país o, peor aún, por temor a que éstos criminales continúen delinquiriendo desde nuestras cárceles en caso de ser condenados?

Todo esto nos habla de una profunda crisis del aparato judicial en Colombia, por falta de “profesionalismo” y la forma en que la pugna política ha trascendido hacia los Altos Tribunales y su permanente “choque de trenes”. Para agravar la situación nacional, hemos presenciado la escalada del uso de la tutela como el mecanismo más expedito para entrabar la aplicación de la justicia. A través de este mecanismo se rebaten continuamente los fallos de los propios jueces, habiendo llegado a la “catarsis jurídica” en que un cuerpo colegiado le dicta a otro cómo deben redactarse los fallos judiciales. Anif ha sido insistente en que el uso de la tutela contra fallos jurídicos se ha constituido en uno de los elementos más perturbadores de la aplicación de la justicia en Colombia (ver *Informe Semanal* No. 831 de mayo de 2006) y todo esto parece

estarse perpetuando sin que exista una verdadera “última instancia jurídica en Colombia” (ver cuadro adjunto).

En síntesis, los desafíos que enfrenta el aparato judicial y su forma operativa en Colombia son descomunales, pues está en juego la misma estabilidad democrática, la vigencia de la separación de poderes y la aplicación uniforme de “La Ley”, la cual debería ser invariante al cuerpo que la ejerce. En Estados Unidos el desafío es importante, pero de mucha menor envergadura, pues allá se trata de modular su efectiva aplicación para evitar “demandas temerarias” que han terminado por exagerar la aplicación de unos principios legales bien acendrados a través de la “Ley del Común”.

Tutelas en Colombia: volumen y composición		
(1998-2006)		
	Nombre	Porcentaje
Tutelas interpuestas		
Total	1.736.652	100
Promedio año	192.961	
Tutelas revisadas por la Corte Constitucional	13.025	0.75% del total
A. Decisión		
Concedidas	9.117	70% de revisadas
No concedidas	3.907	0.30%
B. Temas		
Seguridad social (salud, pensiones, laboral)	8.466	65% de revisadas
Otros (educación, derechos de petición)	4.559	35%
C. Contraparte		
Consejo de Estado	91	0.2% de revisadas
Corte Suprema de Justicia	39	0.30%
Resto	12.895	99%

Fuentes: DNP y cálculos Anif.

B. TEMAS CON INCIDENCIA ECONÓMICA

La “peluqueada” de los bonos pensionales: la hermenéutica de la Corte vs. la realidad actuarial

*(Informe Semanal de Anif No. 812, diciembre 12 de 2005)**

A través de la Sentencia C-734 de julio de 2005, la Corte Constitucional alteró las reglas del juego de mediano plazo en materia pensional, generando gran incertidumbre jurídica, una vez más. Dicho fallo declaró como inconstitucional el tope de los 20 salarios mínimos legales (SML) como referente para la liquidación de los bonos pensionales y, además, señaló que el valor de dichos bonos debía fijarse con atención al “salario efectivamente cotizado” a la seguridad social y no con relación al “salario devengado” (en la fecha más cercana a junio 30 de 1992).

Así, la Corte dejó sin vida el Artículo 5 del Decreto-Ley 1299 de 1994, el cual reglamentaba elementos clave de la migración del Régimen de Prima Media (RPM) hacia el Régimen de Ahorro Individual (RAI), contenido en el Artículo 18 de la Ley 100 de 1993. Dicho en otras palabras, *la Corte tumbó el instrumento clave a través del cual el Estado se quitaba de encima una grave*

* Con la colaboración de Juan Guillermo Caicedo.

carga fiscal-pensional. Todo esto se anuncia después de más de diez años de traslados masivos de cotizantes del RPM hacia el RAI y tras cuantiosas inversiones de capital local y extranjero para lograr un manejo eficiente de los portafolios por parte de las administradoras de fondos de pensiones (AFP).

Hasta la fecha, ha podido más la “hermenéutica” de la Corte alrededor de una equidad pensional mal entendida y nunca cuantificada (ejerciendo el derecho de manera “autista”) que la sensatez de adelantar juicios sobre bases actuariales concretas. La Corte no sólo ha terminado legislando sobre los temas pensionales, sino que lo hace sin conocimiento de causa sobre las razones y los efectos actuariales de sus acciones, como lo ilustraremos a continuación.

La magnitud del riesgo fiscal. En términos históricos, se estima que los afectados directos por el tope de los 20 SML podrían llegar a ser unos 30.000 contribuyentes a la seguridad social (reduciendo la liquidación de sus bonos a un máximo de 10 SML) y muchos otros podrían enfrentar diferencias entre el salario devengado y el efectivamente cotizado, lo cual afectaría el valor histórico de sus cotizaciones previas a 1994. En términos prospectivos, esto podría acarrear el regreso de muchos cotizantes al RPM, con graves implicaciones de costo fiscal adicional. El gobierno debe entonces proceder a aclarar

pronto el alcance de esta sorpresiva “peluqueada pensional” y como mínimo asegurarse de que no se aplicará de forma retroactiva. Como veremos, esta alteración del cálculo de los bonos pensionales, claramente inconsulta con expertos actuariales, arroja tratamientos inequitativos y arbitrarios entre los regímenes de RPM y RAI, donde es el fisco el que tendrá que correr con los costos adicionales, tal como ya ocurrió con la generalización de la llamada “mesada 14” (otra de las “joyas” pensionales de la Corte, según fallos C-409/94 y C-756/04, entre otros).

El espíritu actuarial de los bonos pensionales. La idea básica era que el valor del bono pensional debía equiparar históricamente el acumulado de las cotizaciones pensionales hasta esa fecha de inicio de la transición (1994), de tal manera que a partir de allí los cotizantes fueran relativamente indiferentes entre el RPM o el RAI.

Por ejemplo, una persona que llevara cerca de quince años de cotización al RPM hasta 1993, terminaría obteniendo una pensión cercana al 65% de su sueldo reciente, mientras que el Valor Presente Neto Pensional (VPNP) acumulado bajo el RAI daría la posibilidad de disfrute de una pensión similar a la obtenida bajo el RPM, suponiendo una rentabilidad histórica del orden de 6% real anual durante los años 1994-2008. Quie-

nes apostaran a rendimientos de portafolio históricos mayores a ese 6% real anual tendrían un incentivo para migrar hacia el RAI, con la idea de obtener allí mejores pensiones (donde el adicional lo proveería el mercado de capitales, sin costo fiscal alguno). Bajo este esquema del RAI también se premiaría la fidelidad de aquellos que decidieran cotizar por mayor tiempo-densidad.

Quienes fueran adversos al riesgo y quisieran mantener al menos ese retorno del 65% en su tasa de reemplazo (=pensión/salario promedio), pues sencillamente permanecerían en el RPM, donde sería el fisco nacional (a través de los mayores impuestos) el que asumiría estos costos. Así, el bono pensional no estaba diseñado para jugar ningún papel activo durante el período prospectivo de quince años hacia el futuro (1994-2008), sino que operaba como un “igualador-histórico” de los quince años previos a la reforma (1978-1993).

Pues bien, con el Fallo C-734 de 2005 (¡y sin hacer un solo cálculo actuarial!), la Corte decidió romper ese equilibrio histórico que proveía el bono pensional. Ahora resulta que dicho bono no operará como un equilibrador entre el rendimiento histórico de lo cotizado (1978-1993) y los rendimientos prospectivos que dará el mercado de capitales (1994-2008) para aquellos que, aliviando el costo fiscal, hubieran decidido moverse del RPM hacia el RAI.

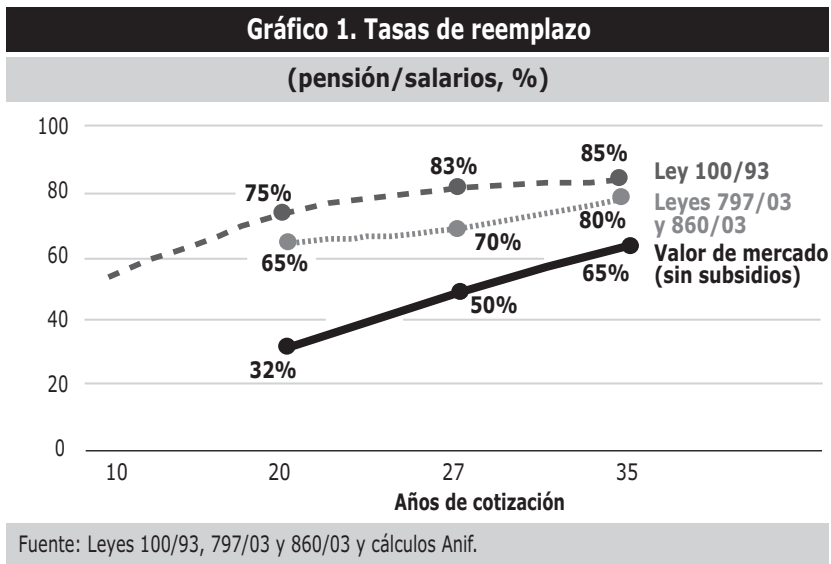
La Corte decidió “peluquear” hasta en 50% el valor del bono pensional, para el rango de salarios devengados 10-20 SML (*circa* 1992), sin darse cuenta de que dañaba el equilibrio prospectivo RPM-RAI, tal como ya había ocurrido con la “mesada 14”.

No es éste el lugar para continuar con el debate jurídico sobre cómo la Corte ha ido alterando su criterio de aplicación en materia pensional, obteniendo una bajísima calificación en materia de jurisprudencia. Ya habrá tiempo de volver sobre la hermenéutica de “los derechos adquiridos” vs. “las expectativas legítimas protegidas” vs. “las meras expectativas” (fallos C-789/02, C-754/04 y C-734/05). En esta nota nos limitaremos a mostrar la gran inequidad que se ha generado en términos actuariales al “interpretar” la Corte, unos diez años después, que lo “correcto y equitativo” era referirse al salario “cotizado” y no al “devengado”. Para entender esto es fundamental calcular el VPNP acumulado bajo los diferentes escenarios, pues el valor del bono pensional por sí solo (o de la tasa de reemplazo por sí sola) no provee el marco de comparación relevante para hablar de “equidad”.

Valor Presente Neto Pensional (VPNP) y tasas de reemplazo. La Ley 100 de 1993 representó un avance en materia pensional: se elevaron las contribuciones y se creó el RAI, pero aun así dejó al RPM desequilibrado. Las leyes 797/03 y 860/03

profundizaron los ajustes “paramétricos” al RPM. Sin embargo, continuaron existiendo subsidios implícitos en el RPM comparados con el “implícito” de mercado del RAI (gráfico 1).

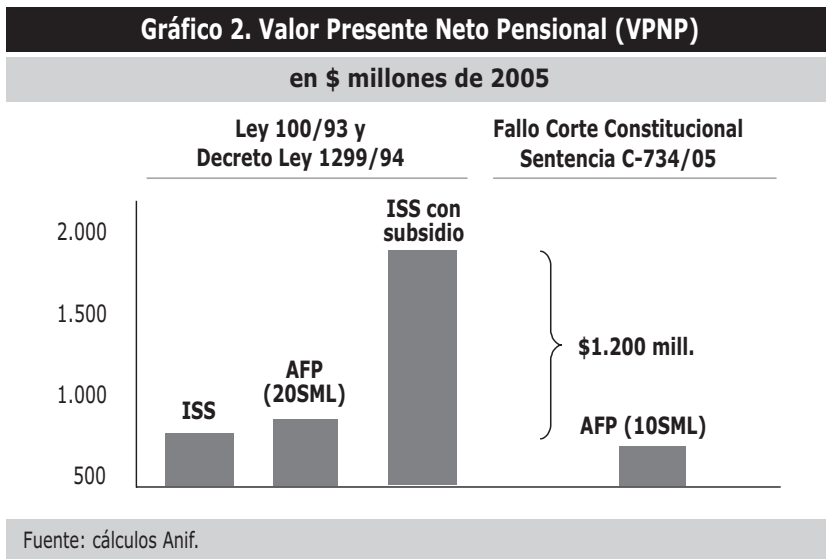
Como ya lo explicamos, la emisión del bono pensional para quienes se trasladaran del RPM hacia el RAI era un instrumento para aliviar las finanzas públicas hacia el futuro y dejar dichos regímenes en relativo equilibrio (histórico). El valor de estos bonos se actualizaría con el IPC y reconocería un rendimiento de 4% real anual si la persona se trasladaba antes del 31 de diciembre de 1998 o de 3% con posterioridad a esa fecha.



Hasta 1993, el tope del salario base de cotización era de 10 SML. Sin embargo, al crearse como referente para el cálculo del bono el salario devengado (no el cotizado) y al permitir que éste llegara hasta los 20 SML se buscaba equilibrar los incentivos para el traslado desde el RPM hacia el RAI, con el fin de aliviar el costo fiscal del RPM hacia el futuro.

“Peluqueadas” pensionales: ¿corte americano o rapada-CC? En Anif hemos realizado una serie de cálculos actuariales para estimar los efectos de “inequidad” que habrá de generar esta decisión de la Corte de “peluquear” el bono pensional hasta en 50%. Supondremos que las cotizaciones se iniciaron en 1981, a la edad de veinte años, y que se hicieron aportes durante 42 años (jubilándose a los 62 años). Ésta es la mayor “densidad” posible de las cotizaciones, pues en la vida práctica se encuentra un promedio de sólo veinte años de cotizaciones. Tomaremos el caso de los 20 SML y supondremos rendimientos de 4.5% real anual para el caso del RAI (en línea con el crecimiento histórico del PIB-real). Estos cálculos preliminares son sensibles a este supuesto, pero creemos que difícilmente podría superarse el rendimiento de 6% real. El disfrute de la pensión sería por veinte años (quince del pensionado y cinco del cónyuge sobreviviente).

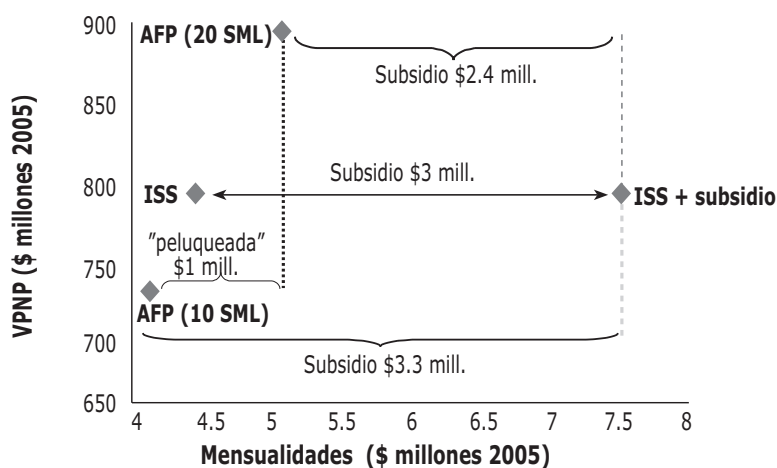
En el gráfico 2 se observa que alguien que hubiera cotizado todo el tiempo al RPM (sobre 10 SML hasta 1993 y sobre 20 SML en adelante) habría acumulado un VPNP equivalente a \$800 millones del año 2005. Ese VPNP alcanzaría para pagar una pensión cercana a \$4.5 millones por trece meses durante veinte años. Sin embargo, el RPM en realidad lo que paga es mucho más, ya que gira \$7.5 millones por trece meses durante esos mismos veinte años (suponiendo el desmonte de la “mesada 14” a partir del año 2005, según el Acto Legislativo ya aprobado). Así, es evidente que una pensión bajo el RPM (administrada por el ISS) otorga un gigantesco subsidio, equivalente a \$3 millones/mes, lo cual implica 67% de pensión *adicional* a la que darían las condiciones



del mercado (gráfico 3). Como se imaginará el lector, este subsidio lo tiene que asumir el Gobierno Central (o sea, el resto de los colombianos) y toma la forma de pagos equivalentes al 88% del salario real promedio reciente durante los siguientes veinte años (incluyendo el efecto de trece mesadas).

En cambio, quien se hubiera trasladado del RPM al RAI y hubiera obtenido su bono pensional liquidado con los 20 SML, estaría asegurando un VPNP de \$900 millones, superior al valor acumulado bajo el RPM (sin subsidio), pero estaría recibiendo tan sólo pagos de \$5 millones por trece meses (para hacerlos comparables). Esto implica que aun con la liquidación del bono

Gráfico 3. Valor Presente Neto Pensional (VPNP) y mensualidades



Fuente: cálculos Anif.

pensional con los 20 SML, establecidos en el Decreto 1299/94, los pensionados de las AFP estarían recibiendo \$2.4 millones/mes, por debajo de lo que obtienen quienes disfrutan del RPM-con-subsidio a cargo del fisco.

Ahora, la Corte decidió “peluquear” el bono en 50% al reducir su base de cálculo a tan sólo 10 SML. Bajo este escenario, el VPNP acumulado bajo el RAI llegaría tan sólo a cerca de \$730 millones, lo cual daría para pagar una pensión de \$4.2 millones/mes. Esto implica que el fallo de la Corte: 1) ha rebanado un pago de \$1 millón/mes por cuenta de la “peluqueada” del bono pensional respecto de lo que esperaban quienes migraron al RAI; y 2) está ampliando el subsidio a favor de los que se quedaron en el RPM a \$3.3 millones/mes (resultantes de comparar \$7.5 millones bajo RPM+subsidio vs. \$4.2 millones bajo RAI con bono liquidado a 10 SML).

En síntesis. Es evidente entonces que los cálculos actuariales indican que ya existía una grave inequidad a favor de los pensionados RPM y en contra de los del RAI, aun antes del Fallo C-734 de 2005. Lo que la Corte ha hecho al declarar inconstitucional el tope de los 20 SML es agravar aún más la inequidad que decía querer corregir. Sencillamente amplió el subsidio a favor del RPM de \$2.4 millones/mes a \$3.3 millones/mes, manteniendo una pensión superior en 67% a la que le correspondería en ausencia de subsidios públicos. Dejamos

entonces a nuestros lectores para que reflexionen sobre los criterios de “equidad” que aplicó nuevamente la Corte Constitucional en esta “peluqueada” a los bonos pensionales, tipo “rapada-CC”.

Solución a la “peluqueada” de los bonos pensionales

*(Informe Semanal de Anif No. 910, diciembre 10 de 2007)**

Anif había expresado, en diciembre de 2005, su preocupación respecto a la “peluqueada” de los bonos pensionales que estaba resultando de la Sentencia C-734 de 2005 de la Corte Constitucional. Dicha sentencia planteaba que el bono pensional, que se les reconocería a quienes se trasladaran del ISS hacia administradoras de fondos de pensiones (AFP), no podría ser emitido por un valor superior a los 10 salarios mínimos legales (SML), aun en aquellos casos en que el salario devengado (a junio de 1992) fuera superior a dicho valor.

En efecto, el Decreto 1299 de 1994 había autorizado expedir bonos pensionales según el salario base de liquidación de junio

* Con la colaboración de Mario J. Castro.

de 1992 o respecto al último ingreso reportado. Igualmente, autorizó que la liquidación del bono tuviera un límite de 20 SML, así el tope de cotización hasta ese momento hubiera sido de 10 SML.

Infortunadamente, la Corte no había entendido (en 2005) la esencia del problema: esos bonos pensionales se estaban emitiendo con unos valores que equilibraban la decisión financiera de trasladarse del ISS (aminorando el déficit fiscal) hacia las AFP (donde no existen faltantes fiscales). Eran “bonos nocionales”, pues inclusive se le extendían a quien hubiera estado trabajando formalmente y no cotizando (en muchos casos donde el patrón había sido el propio Estado).

Luego entrar a “peluquear” el valor de esos bonos, atándolos al valor cotizado y con el límite de los 10 SML, generaba dos graves problemas: 1) cambio en las reglas del juego once años después de que muchos cotizantes hubieran optado por el traslado; y 2) la posibilidad de que muchos de ellos decidieran regresar al ISS, agravando entonces el déficit fiscal pensional. De hecho, es posible demostrar que, contando con el bono pensional pleno (sin “peluqueadas”), quienes llevaran una vida laboral de quince años o más y “apostaran” a retornos superiores a 6% real anual tendrían un incentivo para migrar hacia las AFP. Esto induciría,

entonces, un alivio fiscal para el ISS (ver *Informe Semanal* No. 812 de diciembre de 2005).

La novedad a este respecto es que la Corte Constitucional entró a enmendar este entuerto a través de la Sentencia T-147 de 2006 (tras más de tres casos fallados a favor de los demandantes), resultando en una sentencia (aclaratoria) de la C-734 de 2005. Infortunadamente, la Corte no lo hizo con conocimiento de causa actuarial (reconociendo su error), sino que sencillamente dijo que estas limitaciones impuestas por su (infortunada) C-734 no tendrían carácter retroactivo (¡ni más faltaba, decimos los leigos en estos temas!).

Aníbal aplaude este “reconocimiento” de la Corte y hace sus mejores votos para que estos complejos temas intertemporales y actuariales susciten un esfuerzo de esta institución por asesorarse y estudiarlos mejor antes de cometer sus “fallos”. Finalmente, se les ha respetado la decisión de traslado del ISS hacia las AFP a cerca de 30.000 personas. Ellas no habrían tenido alternativa distinta que recurrir nuevamente a los subsidios fiscales del ISS. Como veremos a continuación, de haberse declarado retroactiva dicha medida, el detrimento pensional hubiera sido considerable para quienes optaron por trasladarse y esperaban un bono pensional en el rango 10-20 SML.

El efecto sobre las mesadas pensionales

Para ilustrar el efecto que hubiera tenido la retroactividad de la Sentencia C-734 de 2005 sobre las mesadas pensionales, realizamos una serie de simulaciones (ver cuadro 1). Se trata de un cotizante al ISS que habría iniciado su carrera pensional en 1981 y que en junio de 1992 devengaba 20 SML (aunque el tope de la contribución era entonces de 10 SML). Supondremos que dicho cotizante decidió trasladarse a una AFP en 1995 y que a partir de allí el retorno fue de 9% real anual hasta completar 34 años de cotización (habiendo estado catorce años cotizando al ISS).

Así, este contribuyente tendría derecho a pensionarse en el año 2015 y seguramente disfrutaría su pensión por unos veinte años. Sus aportes del período 1981-1995 estarían representados por un bono pensional liquidado a razón de 20 SML, con una rentabilidad de 4% real anual.

**Cuadro 1. Tasa de reemplazo: monto de pensión/salario reciente
(veinte años de disfrute pensional)**

Bono pensional	Tasa de reemplazo 20 SML (%)
"Peluqueado" sobre 10 sml (C-734 de 2005)	56.3
Liquidado sobre 20 sml (T-147 de 2006)	84.5
Fuente: cálculos Anif.	

Si este contribuyente hubiera estado sujeto a una “peluqueada” del 50% de su bono pensional (reduciéndolo de 20 a 10 SML como lo planteaba la C-734), su tasa de reemplazo (= monto de pensión/salario reciente) se hubiera reducido de 85% (tasa de reemplazo obtenida en el ISS) a tan sólo 56%. En cambio, al respetar el Decreto 1299 de 1994 (y ahora la T-147), la tasa de reemplazo podrá ser de 84% para quien se trasladó hacia una AFP, tasa similar a la obtenida si se hubiera quedado en el ISS.

Si las pensiones lucen similares (reconociendo el bono plenamente a los 20 SML), ¿cuál es entonces la diferencia financiera generada por el traslado del ISS hacia la AFP? La diferencia es fundamental, pues el pensionado está obteniendo tasas de reemplazo similares, pero dicha pensión ha dejado de ser sub-

Cuadro 2. Subsidios implícitos en régimen de prima media (RPM)*

Años de cotización	Tasa interés real AFP (%) (1)	Tasa de reemplazo de mercado (%) (2)	Tasa de reemplazo RPM (%) (3) = [(2/1)] -1	Subsidio implícito en el RPM (%)
20	6	20.2	65	222
	8	25.2	65	158
	10	31.5	65	106
30	6	43.5	80	84
	8	62.3	80	28
	10	90.5	80	-12

* Suponiendo una tasa de contribución de 11%.
Fuente: cálculos Anif.

sidiada por el gobierno durante todo el período 1995-2015, ya que durante esos años sus rendimientos fueron aportados por los rendimientos del portafolio de las AFP y no por los aportes presu-puestales hechos al ISS.

Impacto hacia el futuro y traslado entre regímenes

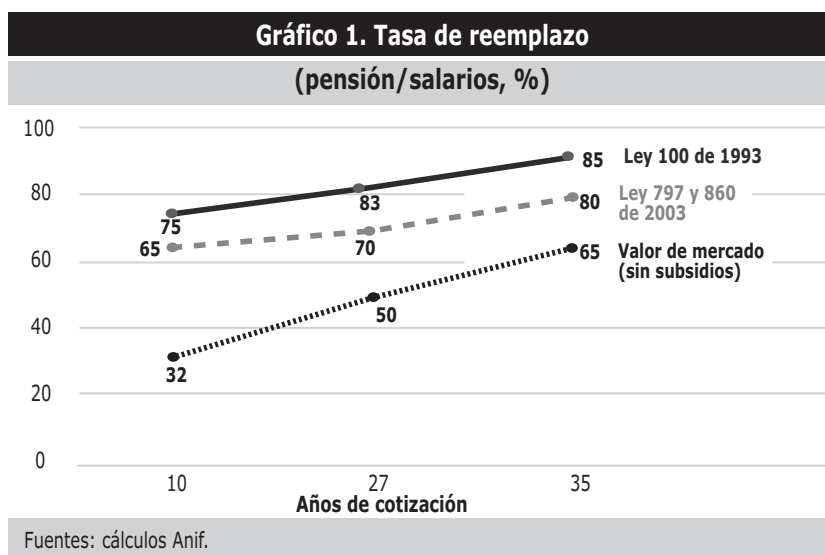
¿Qué impactos tendrá hacia el futuro la aplicación de la C-734 de 2005? Prácticamente ninguno, pues la decisión de traslado entre regímenes a partir de este año estará gobernada por otras leyes y parámetros. Así, el referente de junio de 1992 no aplicará para muchas de las personas que opten por mover-se entre el ISS y las AFP.

De hecho, la Ley 797 de 2003 estableció que los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando falten diez años o menos para el acceso a la pensión. Esto implica que actual-mente las mujeres no podrán moverse de régimen cuando cumplan los 45 años (o los 47 a partir del año 2014) y los hombres también quedarán “inmovilizados” entre regímenes a partir de la edad de 50 (o 52 a partir del año 2014).

Estas restricciones tienen sentido económico para evitar un arbitraje de rendimientos de último momento. Por ejemplo, el cuadro 2 señala cómo, para un número bajo de años de cotiza-

ción, el ISS tiende a generar subsidios implícitos que van contra el fisco nacional. Así, para veinte años de cotización, el régimen de “prima media” del ISS estaría dando un subsidio implícito de 106% (esto a pesar de las múltiples reformas paramétricas que se resumen en el gráfico 1). De esta forma, quien haya tenido una baja densidad de cotización y unos rendimientos financieros inferiores a los esperados tendría incentivos para “arbitrar” su pensión trasladándose a último momento de las AFP hacia el ISS.

Pero, dado que las AFP no generan déficit fiscal, no tiene mayor sentido que quien esté en el ISS no pueda trasladarse



hacia una AFP en cualquier momento. Más aun, dado que la relación tiempo de cotización/pensión está truncada en el ISS a partir de los treinta años y tiene un tope de 20 SML de pensión máxima, en algunos casos podría tener sentido trasladarse del ISS hacia las AFP. La función de beneficio en dicho traslado del ISS hacia las AFP será creciente respecto a la rentabilidad de las AFP, al nivel de la cotización que supere los 20 SML y al número de años adicionales respecto a los treinta años.

Conclusiones

Hemos visto que la Corte Constitucional “se autoenmendó la plana” a través de aclarar que la Sentencia C-734 de 2005 no tendría efectos retroactivos. Afortunadamente produjo la Sentencia T-147 de 2006 en la cual decía que sus oscuros conocimientos actuariales sobre bonos pensionales sólo afectarían a aquellos que decidieran trasladarse del ISS hacia las AFP en el futuro. En la práctica, esta nueva T-147 no afectará a casi nadie, pues la decisión de traslado entre regímenes a partir de este año estará gobernada por otras leyes y parámetros (Ley 797 de 2003).

Como decíamos, Anif aplaude este “reconocimiento” de la Corte y hace sus mejores votos para que estos complejos te-

mas intertemporales y actuariales susciten un esfuerzo de esta institución por estudiarlos y asesorarse mejor antes de cometer sus “fallos”. Finalmente, se les ha respetado la decisión y las condiciones de traslado del ISS hacia las AFP a cerca de 30.000 personas, quienes de lo contrario no habrían tenido alternativa distinta que recurrir nuevamente a los subsidios fiscales del ISS.

El sistema pensional colombiano: diagnóstico y soluciones

*(Informe Semanal de Anif No. 980, junio 8 de 2009)**

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Fundación Agenda Colombia realizaron un interesante foro sobre la *Nueva Generación de Reformas Pensionales en América Latina*. Sea ésta la ocasión, aprovechando los resultados de dichas discusiones, para realizar (una vez más) un resumen del diagnóstico y las soluciones que debe encarar Colombia frente a un sistema dual, donde supuestamente deben competir en igualdad de condiciones el Régimen de Prima Media (RPM-público) y el Régimen de Ahorro Individual (RAI-privado).

* Con la colaboración de María O. Peña y Alejandro González.

Este sistema dual público/privado completa ya quince años de operación y se ha hecho evidente que no ha logrado superar los graves problemas de baja cobertura y desequilibrios fiscales estructurales. Sin embargo, su pasivo pensional actuarial se ha logrado reducir de un 260% a un 160% del PIB como resultado de dichas reformas.

Muchos de estos problemas laborales-pensionales son comunes a toda América Latina, pero en Colombia son particularmente agudos debido a que la relación capital/trabajo ha sufrido alteraciones cuyos precios inducen mayor informalidad laboral. Por ejemplo, durante el período 2002-2009 se montaron políticas de abaratamiento artificial (por vía tributaria) del costo del capital, al tiempo que se encarecía estructuralmente (vía mayores cargas parafiscales) el costo del trabajo (ver Tamayo y Clavijo, 2007).

Por estas razones no debe sorprendernos que en Colombia la tasa de contribuyentes “activos” al sistema pensional continúe estancada en el rango 25%-30% de la Población Económicamente Activa (PEA), cifra similar a la observada con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Más grave aún es el hecho de que se viene “cocinando” un elevado riesgo de traslado de los afiliados del RAI-privado hacia el RPM-público. En efecto, este último sistema mantiene, aun después de las leyes 797 y 860 de 2003,

tasas de reemplazo (=pensión/salarios) artificialmente elevadas respecto a las que puede ofrecer el sistema de mercado. De persistir esta situación, Colombia enfrentará un segundo descalabro fiscal-pensional, después de que creíamos que este riesgo se había superado.

A continuación procederemos a analizar los principales elementos que determinan los beneficios y costos del régimen pensional y explicaremos cómo deben ajustarse algunos de sus “parámetros”. Esto con el fin de lograr una pronta convergencia hacia valores actuariales de equilibrio fiscal del RPM-público y evitar así la “competencia desleal” que se le ha montado al RAI-privado, con cargo al presupuesto de la Nación.

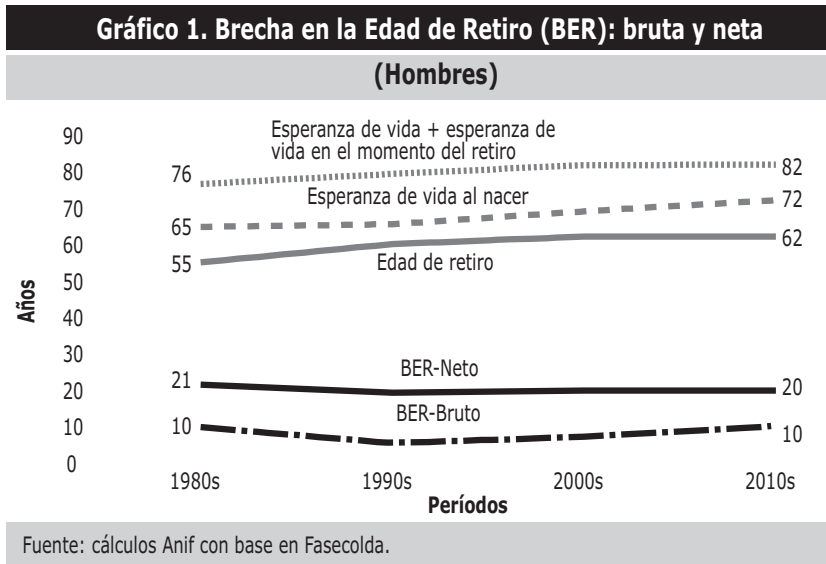
Edad de pensión

Antes de la Ley 100 de 1993, la mayoría de los trabajadores del sector público estaba cubierta por la Ley 33 de 1985, la cual les permitía pensionarse a edades tempranas (cercanas a los 50/55 Mujer/Hombre). La edad de pensión general (55/60 Mujer/Hombre) era baja frente a una esperanza de vida efectiva de 70 años hacia principios de los años noventa.

Por esta razón hemos venido señalando que existe una *Brecha en la Edad de Retiro* (BER) que debe cerrarse lo antes po-

sible (Clavijo, IMF-WP58-2009). Esta variable debe calcularse en términos netos como $BER = [\text{Esperanza de vida total} - \text{Edad de pensión}]$, la cual mide el tiempo esperado de disfrute de la pensión.

La BER para las mujeres, en la década del ochenta, era de 29 años. Al incrementarse la edad de jubilación de 55 a 57 y contemplar cambios demográficos, dicha BER logró reducirse a 26. Para los hombres, la BER era de unos 21 años. Al incrementarse la edad de pensión de 60 a 62 y contemplar cambios demográficos, se logró reducir dicha BER a 19 años (ver gráfico 1).



El problema es que si la edad de pensión no se incrementa *pari passu* con las mejoras en la esperanza de vida total, entonces dicha BER agravará el déficit actuarial. Dadas las dificultades políticas para estar ajustando frecuentemente estos parámetros, Anif sugiere que la edad de pensión se incremente a través de una fórmula que mantenga la BER constante en el tiempo, preferiblemente por debajo de la marca histórica de los 26/19 años Mujeres/Hombres.

Se trata entonces de indexar la edad de jubilación a la esperanza de vida total, incrementando gradualmente la edad de pensión a los 64/67 años Mujeres/Hombres, para evitar que se agrave el déficit fiscal que genera el RPM en Colombia y/o que los ahorros del RAI resulten insuficientes. Este incremento en la edad de pensión ha venido ocurriendo, por ejemplo, en Estados Unidos. Allí las próximas generaciones ya saben que tendrán que trabajar hasta los 69 años, por mandato de la ley ya aprobada, la cual ha venido incrementando la edad de pensión de 65 a 67 años en las últimas décadas.

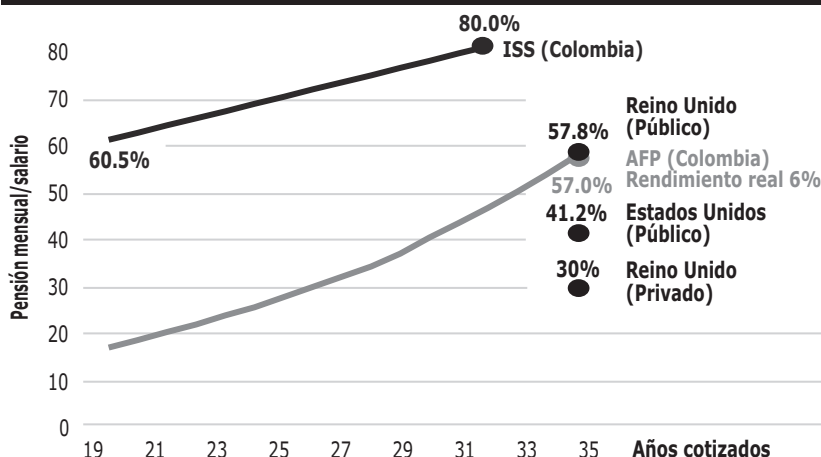
Cabe aclarar que esta BER-brecha es diferente a los BEP-beneficios (Beneficios Económicos Periódicos) que vienen impulsando irresponsablemente algunos políticos; mientras que los economistas y actuarios vemos con preocupación las BER-brechas, los políticos se ensalzan en los BEP-beneficios.

Tasas de reemplazo

Los RPM en América Latina han prometido tasas de reemplazo superiores a las del equilibrio actuarial, generando mayores faltantes fiscales. En Colombia, las tasas de reemplazo (=pensión/salario) fluctuaron entre 75%-90% durante los años 1980-1990 e incluso alcanzaron niveles de 100% para trabajadores petroleros, sector educativo y la rama legislativa.

Todo esto requirió reformas paramétricas de primera generación (Ley 100 de 1993) y segunda generación (Ley 797 de 2003), intentando moderar beneficios exagerados. En particular, se incrementaron las contribuciones (de un mínimo de 10 a 20 años y del 6%-8% al 10%-12% del salario mensual). Adicionalmente, el Acto Legislativo 01 de 2005 logró dismantelar la llamada “mesada 14”, una costosa dádiva resultante del pobre entendimiento de la Corte Constitucional sobre los complejos temas actuariales.

Pese a dichas reformas, la tasa de reemplazo vigente en el RPM continúa generando déficits fiscales, pues alcanza un 65% para cotizantes de cerca de 20 años y hasta el 80% para los de 30 años, valores que no se alcanzarían ni con retornos del 8% real anual en el RAI (ver gráfico 2).

Gráfico 2. Tasas de reemplazo: comparaciones internacionales

Fuentes: cálculos Anif con base en la Ley 797 de 2003, *The Economist* y OECD.

Es probable que hacia el futuro el retorno medio real de los portafolios del RAI en Colombia converja hacia el 4%-6% real anual (ver *Informe Semanal* No. 898 de septiembre de 2007), tal como ya viene ocurriendo en Chile. Así las cosas, las tasas de reemplazo del RAI-privado estarían en el rango 40%-50% y no en el rango 60%-70% que promete el RPM-público; de allí el riesgo de reversión de los cotizantes del sistema privado hacia el público.

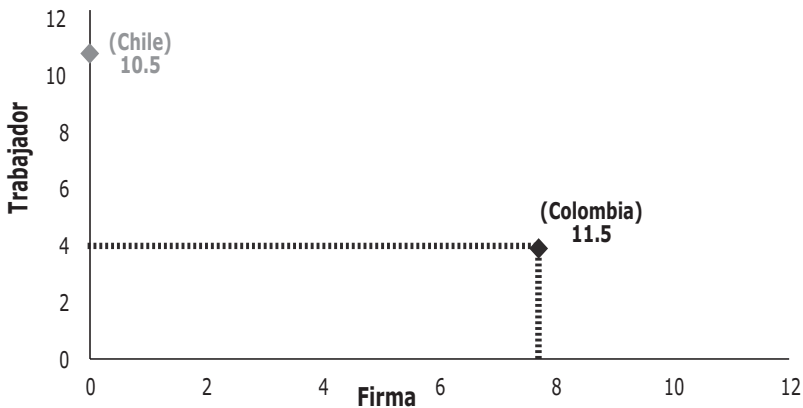
Contribuciones

Como ya explicamos, la cobertura contributiva en Colombia ha permanecido estancada en el rango 25%-30% de la PEA durante

los últimos quince años. Aumentar esta tasa requiere esfuerzos simultáneos en dos frentes: 1) reducción de los impuestos a la nómina, y 2) reestructuración de la repartición de las contribuciones entre el trabajador y la empresa.

Kugler y Kugler (2008) encontraron que las reformas a la seguridad social en Colombia han venido incrementando los impuestos a la nómina. Usualmente se piensa que dichos incrementos no deberían tener mayores efectos sobre el encarecimiento relativo del trabajo, pues se supone (erradamente) que ese mayor costo parafiscal se le trasladaría al trabajador bajo la forma de un

Gráfico 3. Contribuciones pensionales: Distribución trabajador/firma
(% sobre la nómina)



Fuente: cálculos Anif.

menor sueldo efectivo. Sin embargo, la evidencia indica que sólo un quinto de dicho incremento ha tomado la forma de menores sueldos, siendo el resultado final un encarecimiento del trabajo frente al capital y un incremento del desempleo estructural a niveles de 10%-12% frente al 8%-10% de décadas anteriores (ver *Informe Semanal* No. 979 de mayo de 2009).

Mientras que Chile eliminó los pagos en cabeza de las firmas a principios de los años ochenta, Colombia los ha reforzado hasta alcanzar el 55% de la nómina (con incrementos de 10 puntos porcentuales durante 1993-2008). En Chile, el trabajador paga el 13.5% como contribución pensional, donde el 10.5% (78% del total) va a su cuenta y el 3% restante paga seguros-comisiones.

En Colombia, los trabajadores de bajo salario (hasta 4 SML) contribuyen a pensiones con un 16.5%, donde la firma aporta el 75%. Sin embargo, sólo un 72% de dichos aportes totales alimenta su cuenta pensional. Más grave aún, los trabajadores de alto salario están sujetos a elevados subsidios cruzados (“impuestos puros”), lo cual hace que sólo el 64% de sus aportes vaya a su cuenta pensional.

Para incrementar la fidelidad al sistema pensional en Colombia se requiere también una mejor repartición de las cargas a

nivel de firma/empleado. Tal como se hizo con ocasión de la Ley 50 de 1990 (desmonte de la retroactividad de las cesantías), los salarios de los trabajadores deberían incrementarse por una sola vez para que la proporción de las obligaciones de seguridad social firma/empleado fueran de 50%-50% frente al 75%-25% actual (ver gráfico 3). Esto evitaría que “los cuenta-propia” y las cooperativas de trabajo se vuelvan la norma laboral en Colombia, donde el acceso a la seguridad social es reducida.

Conclusiones

Hemos analizado cómo Colombia emprendió una primera generación de reformas pensionales (a través de la Ley 100 de 1993), en la que se instituyó un sistema dual público-privado. Adicionalmente, vimos el impacto de la segunda generación de reformas (leyes 797 y 860 de 2003), que se enfocó en correcciones paramétricas para aliviar los costos fiscales de un prolongado régimen de transición. Gracias a ello, el valor presente neto del pasivo pensional se logró reducir del 260% del PIB en 1993 a cerca del 160% en 2007.

Sin embargo, el bajo cubrimiento del sistema (menos de un 30% de la PEA) y los subsidios implícitos a favor del RPM-público amenazan el futuro fiscal de Colombia. Existe un alto riesgo de reversión del RAI-privado hacia el RPM-público, con graves con-

secuencias fiscales. Mientras que el RAI-privado intenta mantener tasas de reemplazo por encima del rango 40%-50%, el RPM-público continúa ofreciéndolas en el rango 60%-70%.

El hecho de que el gobierno preste poca atención a la evolución de estos determinantes actuariales, financieros y laborales no lo exime de su responsabilidad histórica respecto al curso que habrá de tomar la seguridad social en Colombia en el futuro cercano.

La seguridad social en salud y su financiamiento

*(Informe Semanal de Anif No. 827, abril 17 de 2006)**

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el sistema de salud en Colombia presentaba graves problemas, tales como una baja cobertura, difícil acceso a servicios, subsidios públicos mal distribuidos (por el lado de la oferta). Todo ello se manifestaba en una terrible inequidad y desatención social. Por ejemplo, según el Departamento Nacional de Planeación tan sólo el 28% de la población tenía algún tipo de cobertura en salud en 1992, así

* Con la colaboración de Juliana Salazar.

como la Encuesta Nacional de Hogares registraba que, en ese mismo año, casi la mitad de la población urbana carecía de cobertura, al tiempo que el 45% de las hospitalizaciones y el 40% de las consultas médicas las adelantaba el sistema privado, obviamente sólo para aquellos que contaban con los recursos para pagarlo directamente.

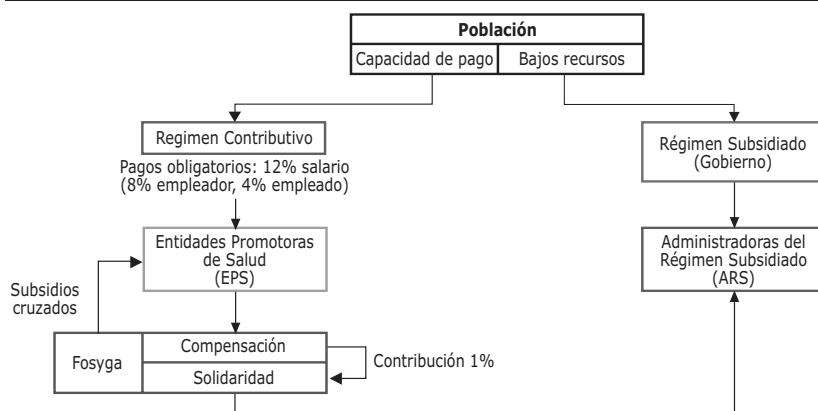
Los objetivos centrales de la Ley 100 fueron: cobertura universal, solidaridad y eficiencia. El sistema de salud busca repartir el costo de asegurarse entre el empleado y el empleador, si la persona cuenta con recursos económicos. Esta parte del sistema se denomina Régimen Contributivo. Si la persona no cuenta con dichos recursos, el riesgo de la cobertura se distribuye entre el gobierno y el afiliado. Esta otra porción del sistema se conoce como Régimen Subsidiado, en el cual el costo de la cobertura en salud se distribuye en función de la capacidad de pago y no del riesgo de enfermarse.

La asignación de recursos en salud. El grueso de los recursos para financiar el Régimen Subsidiado proviene de los ingresos corrientes de la Nación que se les transfieren a las entidades territoriales (64%). Otra fuente importante de recursos para financiar el sector subsidiado proviene del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) (24%). Esta entidad administra cuatro subcuentas: Compensación, Promoción, Solidaridad y Riesgos

Catastróficos-Accidentes de Tránsito (ECAT). La subcuenta de Compensación administra las contribuciones de los afiliados al Régimen Contributivo y la subcuenta de Solidaridad gestiona los recursos solidarios, equivalentes al pago del 1% del salario (en el rango 4-16 salarios mínimos legales) (gráfico 1).

En el período 1995-2005 se logró un avance importante en materia de cobertura en salud. Por ejemplo, el número de afiliados al Régimen Subsidiado pasó de casi 5 millones a casi 19 millones (representando el 40% de la población), mientras que los afiliados al Régimen Contributivo se triplicaron de lejos al

Gráfico 1. Funcionamiento del Sistema de Salud en Colombia después de la Ley 100 de 1993

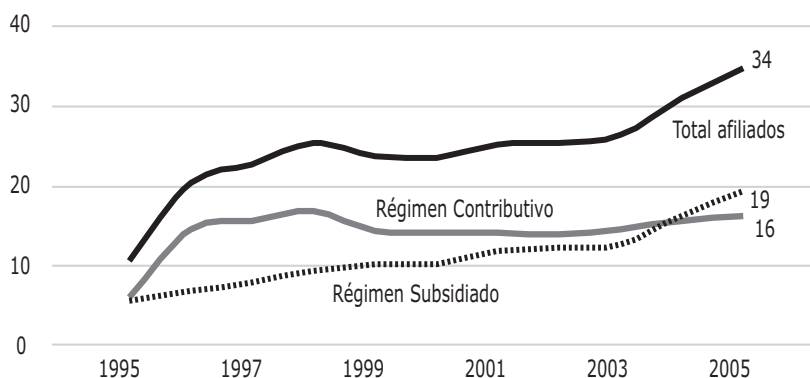


Fuente: diseño Anif con base en Mejía (2005). "Régimen Subsidiado: ¿mejor salud, más servicios y mayor bienestar para sus afiliados?", Uniandes.

pasar de 5 millones a casi 16 millones en ese mismo período (representando el 34% de la población). Así, de una población total estimada en 46 millones de colombianos, hoy en día tienen cobertura en salud 34 millones de personas (74% de la población), pero como vemos el sistema se encuentra recargado sobre el Régimen Subsidiado. Este desbalance encierra una pesada carga fiscal y con tendencias cada vez más onerosas, dado que los arreglos institucionales han venido desincentivando el Régimen Contributivo a través de las continuas obligaciones parafiscales, induciendo una elevada informalidad laboral (gráfico 2).

Gráfico 2. Afiliados Régimen Contributivo y Subsidiado de salud

(millones de personas)



Fuente: Ministerio de la Protección Social.

A pesar de estos avances en materia de cobertura, también se han detectado otros problemas: 1) la idea de tomar como base la facturación (como instrumento para asignar los subsidios por el lado de la demanda) no se ha traducido en incentivos para que los hospitales públicos ganen suficiente eficiencia y logren competir con el sector privado; 2) la evasión en el Régimen Contributivo ha hecho que la subcuenta de Compensación del Fosyga pierda recursos importantes; 3) la afiliación al Régimen Subsidiado continúa con problemas de falta de transparencia y excesiva incidencia política a nivel local, haciendo que el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (Sisben) no esté adecuadamente focalizado en la población más necesitada; y 4) los problemas financieros del ISS han seguido en aumento y el Gobierno Central ha tenido que asumir pérdidas crecientes en el frente de la salud pública.

Según las cuentas del gobierno, los estratos más bajos en Colombia (1 a 3) suman 26 millones de personas, de los cuales sólo unos 4 millones estarían afiliados al Régimen Contributivo. Esto implica que el Régimen Subsidiado debe amparar a los otros 22 millones de colombianos. Como ya lo mencionamos, de estos 22 millones se tienen cubiertos a casi 19 millones hasta la fecha, luego aún falta por afiliar a cerca de 4 millones de personas para alcanzar la universalidad en salud que se viene persiguiendo desde 1993.

Infortunadamente, el Congreso de la República no logró aprobar en la segunda legislatura de 2005 el Proyecto de Ley 052/04 (Senado) que buscaba precisamente resolver este problema financiero que entraña la cobertura universal para los estratos 1 a 3. Entre tanto, el gobierno ha venido impulsando una “lluvia de ideas” sobre diversas fuentes de financiamiento para este propósito, pero dichas propuestas no tienen mayor solidez fiscal y lucen bastante antitécnicas, lo cual podría empeorar el problema por el lado del Régimen Contributivo. A continuación analizaremos esas propuestas y destacaremos los riesgos que ve Anif en algunas de ellas. Nuestra recomendación básica es la de usar el régimen tributario general para dicho propósito y evitar generar mayor informalidad laboral por cuenta de incrementos en los cobros parafiscales, que ya son excesivos.

Menú de opciones para financiar la salud. El proyecto de reforma al sistema de seguridad social en salud pretende modificar sus fuentes de financiamiento. En primer lugar se ha planteado la idea de elevar de 1% a 1.2% el “componente solidario”, lo cual equivale a reducir los recursos del Plan Obligatorio de Salud (POS) del Régimen Contributivo en cerca de \$358.000 millones anuales. Esta propuesta se ha complementado con la variante de elevar los impuestos sobre la nómina correspondientes a la salud de 12% a 13%, lo cual agravaría el problema de

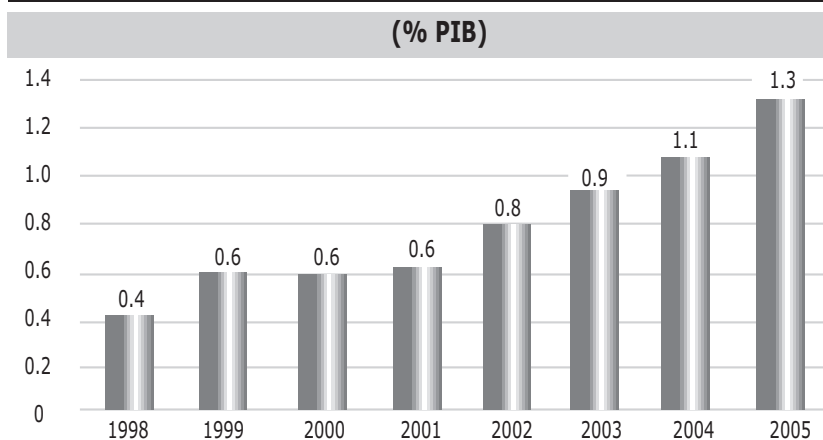
falta de competitividad y alta informalidad que tiene hoy la fuerza laboral colombiana (tal como lo analizamos en nuestro *Informe Semanal* No. 824 de marzo 27 de 2006).

Un segundo componente de dicho proyecto contempla la idea de destinar, a partir del año 2007, el recaudo proveniente del Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF, conocido como el 4xmil) a financiar las mayores coberturas en salud. Anif también ya se ha ocupado, junto con Asobancaria, de explicar los graves problemas que esto traería a la hora de incrementar los créditos hacia sectores como las Mipymes (ver *Informe Semanal* No.810 de noviembre 28 de 2005).

Estas propuestas no sólo son antitécnicas, pues causan serios daños en otras áreas, sino que además no enfrentan la realidad de los costos fiscales. En el cuadro 1 se observa que el costo aproximado de alcanzar cobertura universal en el Régimen Subsidiado asciende al 1.6% del PIB. A su vez, los recaudos anuales derivados del ITF y del aumento al 1.2% del “punto solidario” tan sólo ascienden al 1.1% del PIB, con lo cual se tiene un brecha de financiamiento cercana al 0.5% del PIB. Esto deja en claro que el gobierno debe pensar, en realidad, en incrementar los recaudos y no simplemente en impulsar una reforma tributaria “neutra”.

La propuesta Anif. Todo lo anterior confirma la necesidad de pensar no sólo en sustituir el ITF como fuente de recursos fiscales, sino al mismo tiempo evitar que se agrave el problema de informalidad laboral por cuenta de elevar las cargas parafiscales, que como hemos explicado en otras ocasiones encarece el sobre costo laboral en cerca de 66% (¿dónde quedará la competitividad empresarial colombiana de cara al TLC?). Anif considera que los recursos necesarios para financiar los mayores gastos en salud (y también los correspondientes a la Seguridad Democrática) deben provenir del régimen general de tributos (imporrenta, IVA y sobretasas a los combustibles). Esto implica, de una parte, que el imporrenta debe “sincerarse” reduciendo su

Gráfico 3. Valor del portafolio de inversiones del Fosyga



Fuentes: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y cálculos Anif.

tasa a niveles de 30%-32%, al tiempo que se eliminan los distorsionantes alivios tributarios, y, de otra parte, es menester ampliar el gravamen del IVA, dejando exento el componente básico de la canasta familiar y elevando la tasa general de 16% a 17%.

Se ha pensado que la flexibilización del uso de las “cajitas” de financiamiento de la salud (tipo Fosyga) ayudaría a solucionar el faltante en el caso de la salud. Sin embargo, cabe recordar que el Fosyga constituye una fuente importante de recursos para el Régimen Subsidiado y que dos de las cuatro subcuentas de este fondo (Solidaridad y ECAT) hacen parte del presupuesto de la Nación. Este hecho limita la cantidad de recursos que pueden ser “arbitrados” hacia el aumento de las afiliaciones. Lo que sí resulta una paradoja es que el sector de la salud acumule superávit (ayudando al tema de presentar equilibrio fiscal consolidado), pero a la hora de requerirse más recursos se habla de mayores impuestos y cargas parafiscales. En este sentido, la flexibilización de las asignaciones en salud es bienvenida, pero claramente resultará insuficiente. Por ejemplo, en la actualidad existe una reserva en el Fosyga equivalente al 1.3% del PIB (gráfico 3), con lo cual podría cubrirse casi la totalidad de los 22 millones de personas del Régimen Subsidiado, pero esto claramente implicaría más gasto consolidado y dejaría al desnudo el déficit del 5% del PIB estructural que tiene el Gobierno Central. También ayudaría al financiamiento de la salud convertir en rea-

alidad el principio de homologación de cotizaciones en pensiones y salud (adoptado por la Ley 797 de 2003).

En síntesis, si Colombia quiere hacer realidad el tema de la cobertura universal en salud de los estratos más pobres, esto debe hacerse sin tapujos ni complejos, para eso está el régimen general de tributación. El error que debemos evitar es seguir creyendo que esto puede hacerse de forma “vergonzante” a través

Cuadro 1. Régimen Subsidiado de salud

(estimación para 2006)

I. Costos

(1) Costo anual por afiliado (UPC) (\$)	215.712	
No. afiliados (millones)		
(2) Vigentes	18.6	
(3) Meta	22.6	
(4)=(3)-(2) Brecha	4.0	
(5)=(3)x(1) Costo total afiliados	\$mm 4.871	% PIB 1.6

II. Posibles ingresos

4 x mil	2.614	0.9
Contribución solidaria: de 1% a 1.2%	576	0.2
(6) Ingresos totales	3.190	1.1

III. Brecha marginal

(7)=(6)-(5)	-1.680	-0.5
--------------------	---------------	-------------

Fuentes: Ministerio de la Protección Social, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y cálculos Anif.

de impuestos antitécnicos que agravan el problema de la informalidad laboral (elevando los costos parafiscales) o el problema crediticio (elevando el ITF). La nueva reforma tributaria no puede ser simplemente “neutra” en recaudos, se requiere simplificar la forma del recaudo y elevar la disponibilidad de los mismos para enfrentar estas exigencias del llamado “gasto social”.

El costo de la universalización de la salud en Colombia

*(Informe Semanal de Anif No. 947, septiembre 22 de 2008)**

La Corte Constitucional expidió recientemente dos trascendentes sentencias (la C-463 y la T-760 de 2008) en las cuales ratificó la salud como un “derecho fundamental”. En la T-760 la Corte ordenó unificar el Plan Obligatorio de Salud (POS), bajo un único menú de atención, respecto a las cinco variantes actuales. Además, ordenó a las EPS garantizar el acceso a estos servicios de forma oportuna, eficaz y con buena calidad. Por último, le ordenó al gobierno realizar los esfuerzos fiscales y presupuestales para: 1) girarle oportunamente los recursos que les correspondan a las

* Con la colaboración de Camila Torrente.

EPS; y 2) asegurar el cumplimiento de la cobertura universal en salud antes del año 2010, respecto al actual cubrimiento del 85%.

Por otro lado, el propósito de la C-463 es evitar que la “tuteli-tis” siga siendo el procedimiento de reclamación *par excellence* en Colombia. Hacia el futuro, deberán instaurarse como camino regular las instancias técnicas de la salud, las cuales deberán decidir quién debe asumir el costo de dichos servicios y en qué proporción.

Como veremos, la Corte en realidad impuso *de facto* un sistema de servicios en salud sin “límites efectivos” y “sin preexistencias”, todo lo cual pondrá en serio riesgo financiero el sistema de salud ideado en la Ley 100 de 1993. La reconceptualización del POS profundizará el desbalance entre fuentes de recursos y necesidades financieras (ahora con servicios ilimitados) del sistema de aseguramiento en salud. Aunque la Corte ha señalado que “no era su intención” crear un sistema de reclamos ilimitados a las EPS, en la práctica esto es lo que estará ocurriendo.

La Corte también introdujo un esquema de rendición de cuentas, donde gobierno (Fosyga y Ministerio de la Protección Social) y agentes privados (EPS e IPS) deberán presentar resultados sobre la evolución del servicio y las acciones de tutela. Esperamos que al menos dicho sistema de información permita, luego

de quince desgastantes años, construir estudios detallados sobre pacientes, uso de recursos y seguimiento epidemiológico.

Los fallos de la Corte Constitucional

Los recientes fallos de la Corte abarcaron cinco temas centrales. El primero tiene que ver con la ampliación de la competencia del Comité Técnico Científico (CTC), de tal manera que éste pueda decidir sobre el acceso a medicamentos, tratamientos médicos y procesos no incluidos en el POS. Esto con el fin de reducir las 90.000 tutelas en salud que se reciben anualmente (una tercera parte del total). La idea es que si el paciente recurre a reclamos vía acción de tutela, el Fosyga sólo le reconocerá a la EPS el 50% del valor correspondiente.

El segundo tema se refirió a la unificación del POS. La idea original de tener varios POS, que se diferenciaban en servicios y coberturas, era dar tiempo para alcanzar la cobertura universal programada en la Ley 100 de 1993. Pero quince años más tarde no tiene sentido continuar postergando dicha convergencia hacia tratamientos estandarizados. La Corte también impuso como fecha límite el año 2010 para alcanzar la cobertura universal en salud. De hecho, esto bien puede interpretarse como que la Corte se cansó de esperar la ansiada Ley Estatutaria en Salud y decidió ella misma abrir carta blanca al respecto.

Aquí la pregunta de fondo es cuánto le costará al fisco nacional realizar estas coberturas adicionales, tanto en servicio estandarizado POS como en cobertura. Estimativos preliminares indican que la estandarización del POS costará al menos \$6 billones anuales (1.4% del PIB). Aquí es necesario tener en cuenta que la unificación del POS implicará un ajuste del 100% de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), de tal manera que $POS-S = POS-RC$. De otra parte, la cobertura adicional remanente del 15% costará unos \$6.9 billones anuales (equivalentes al 1.6% del PIB). Dicho de otra manera, este mandato de la Corte representará un costo público adicional del orden del 2%-3% del PIB a partir del año 2010-2012 (mayores detalles en la revista *Carta Financiera* No. 143 de julio-septiembre de 2008).

En tercer lugar, la Corte le ordenó al Estado pagar las cuentas pendientes que tuviera el Fosyga con las EPS, las cuales ascienden actualmente a cerca de \$630.000 millones (0.1% del PIB). En cuarto término, el Fosyga deberá corregir el sistema de recobros y compensaciones con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. En quinto, y último término, la Corte le pidió al gobierno reformar el POS según el perfil epidemiológico actualizado e incluir el cubrimiento total de los tratamientos, al igual que definir de forma transparente el límite de éste.

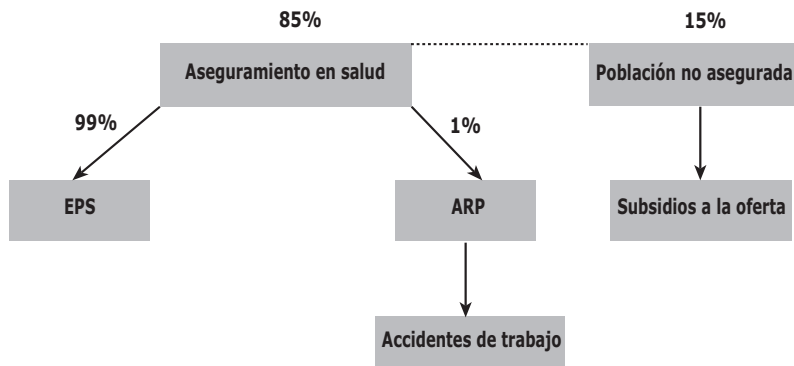
Este último elemento será uno de los que tendrá mayor impacto fiscal. Por un lado, la revisión del POS implica un aumento en la UPC. Se ha calculado que el rezago histórico de la UPC implicaría un incremento entre 3%-6% real (por encima de la inflación), lo cual, unido a la estandarización del POS (100% de incremento en la UPC-S), implica un costo fiscal aún mayor.

El modelo de aseguramiento en salud

A la luz de las decisiones de la Corte, Anif ha creído conveniente desarrollar un esquema de distribución del aseguramiento en salud en Colombia. Esto con el fin de determinar la incidencia de los “eventos en salud” sobre las finanzas públicas. Estos impactos deberán ajustarse según la actualización de los perfiles epidemiológicos.

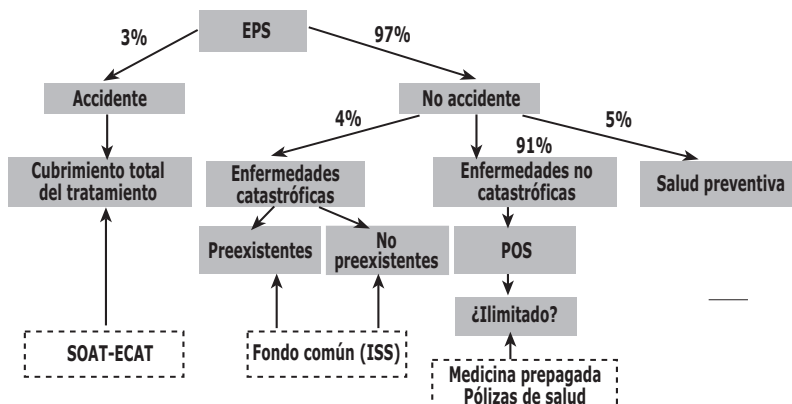
El diagrama 1 resume los resultados de este ejercicio. La primera información que allí aparece se refiere a si se trata de una persona asegurada o no en salud. Los datos vigentes indican que los asegurados actualmente en Colombia representan el 85% de la población (=55.5% del Régimen Subsidiado + 5% regímenes especiales tipo Ecopetrol, fuerza pública y magisterio + 40.5% del Contributivo), luego los no asegurados son el 15%.

Diagrama 1. Distribución de aseguramiento en salud



Fuente: elaboración Anif.

Diagrama 2. Distribución de eventos en salud



Fuente: elaboración Anif.

En caso de estar asegurado, el servicio de salud se reclama vía EPS (99% de los casos) o vía administradora de riesgos profesionales (ARP), si la persona está empleada (1%). La reclamación vía EPS depende de la posibilidad de presentar un evento en salud (un 97% de los casos, como no accidente) o un accidente (casero, por contraste a accidente de trabajo o de automóvil). La reclamación vía accidente la hemos tasado en 3% (ver diagrama 2).

La segunda rama de distribución se refiere a la de un evento en salud, no accidente, cuya distribución está condicionada a: 1) sufrir una enfermedad no catastrófica (91%); 2) realizar una consulta preventiva (5%), y 3) sufrir una enfermedad catastrófica (4%).

El cuadro 1 presenta los resultados de computar las distribuciones acumuladas de tales eventos. Por ejemplo, la distribución de que un individuo asegurado haga efectivo su seguro en salud por un evento no accidente (enfermedad catastrófica, enfermedad no catastrófica y consulta preventiva) es de 81.6%. Un evento de enfermedad no catastrófica tiene una distribución acumulada de 74.3%, mientras que la distribución acumulada de asistir a una consulta preventiva es de 4.1%. Esto indica que en Colombia se mantiene un enfoque curativo, costoso, en vez de uno preventivo, de menor costo.

La mayor distribución acumulada de reclamar el seguro se concentra en los casos de no accidente, lo cual habrá de tener un gran impacto a nivel fiscal como resultado de la orden de la Corte de unificar el POS y eliminar los límites a dichos reclamos cuando se trata de accidentes o de “derechos fundamentales” (...casi todos). De esta manera, los servicios complementarios (básicamente “mejor hotelería en salud”) serán los temas que buscarán suplir quienes adquieren servicios de medicina prepagada o pólizas de salud. El resto deberá resolverse por el CTC, pagarse por la EPS en un 50% o volverse a entutelar.

La distribución acumulada de presentar una enfermedad catastrófica es de 3.3%. Para evitar la concentración de dicha

Cuadro 1. Distribución acumulada de eventos en salud (%)

I. Asegurados	85.0
• EPS	84.1
— No accidente	81.6
- Catastrófica	3.3
- No catastrófica	74.3
- Salud preventiva	4.1
— Accidente	2.5
• ARP- Accidente	0.9
II. No asegurados	15.0
III. Total (I+II)	100.0

Fuente: cálculos y elaboración Anif.

“selección adversa”, debe acelerarse la repartición a *prorrata* de dichos pacientes entre las diferentes EPS. Por último, la distribución acumulada de hacer efectivo el seguro en salud vía accidente es de 2.5%, cuya cobertura se financia vía SOAT y ECAT, entre otros. En dichos eventos la cobertura debería comprender la totalidad del tratamiento para restablecer la condición de salud del paciente.

Conclusiones

Como hemos visto, mientras que en Estados Unidos llevan décadas discutiendo cómo implantar el costoso y complejo sistema de cobertura universal en salud, en Colombia el gobierno actual y la Corte Constitucional decidieron resolver el tema de un plumazo, poniéndose como límite el año 2010.

Lo que no nos han dicho, ni los unos ni los otros, es cómo vamos los colombianos a pagar semejante “lujo”. Según cálculos de Anif, el sistema de salud, como un todo, hoy presenta un faltante fiscal del orden del 2% del PIB. Con los fallos recientes de la Corte, todo indica que tendremos costos adicionales de otro tanto, por lo cual no debería extrañarnos que los faltantes en salud fueran creciendo hasta alcanzar cifras del 8% del PIB a la vuelta de dos décadas, especialmente si continúa agraván-

dose el problema de informalidad laboral. Esto último se explica porque las fuentes de recursos de la salud provienen en dos terceras partes del sistema subsidiado y tan sólo en un tercio del sistema contributivo (exactamente al revés de como se planteó en la Ley 100 de 1993).

Anif ha estimado que el Valor Presente Neto (VPN) de las obligaciones en salud del Estado, en un horizonte de cincuenta años, representará cerca del 97% del PIB actual. Teniendo en cuenta el costo del 3% del PIB por la unificación del POS y la universalización de la cobertura, el VPN del sector salud probablemente ascenderá aún más.

Dada la imposibilidad de recortar otros gastos públicos vitales (tales como la fuerza pública, las pensiones, las transferencias territoriales), Anif se ratifica en su recomendación de ponernos serios en materia fiscal y empezar a incrementar los tributos ordinarios (ver *Informe Semanal* No. 944 de septiembre de 2008), de tal manera que podamos honrar esta “iniciativa” tan loable del actual gobierno y las Altas Cortes.

Crisis financieras y fallos de las Altas Cortes

(Comentario Económico del Día 5 de diciembre de 2007)

Ha causado perplejidad jurídica y económica el reciente fallo del Consejo de Estado a través del cual se le ordena al gobierno restituirle a entidades accionistas de Granahorrar la suma de \$224.000 millones. Como veremos, la “lógica” del Consejo de Estado es que: 1) no había insolvencia, sino problemas de liquidez; 2) no se le “notificó” a todos los accionistas; y 3) como el gobierno vendió dicha entidad por una suma de \$920.000 millones en 2005, entonces les corresponde a los no-notificados una alícuota del 24% de dicha suma, con cargo al presupuesto de la Nación.

Las entidades gubernamentales, en cabeza de la Superintendencia Financiera (SF) y de Fogafin, están allegando la información del caso para darle una respuesta jurídica al Consejo de Estado sobre dicho fallo “condenatorio” para la Nación. Siguiendo los lineamientos de un primer análisis realizado por la SF, Anif considera importante contribuir a este debate reflexionando sobre cada una de estas argumentaciones.

En primer lugar, el Consejo de Estado hizo unas etéreas disquisiciones sobre la distinción entre liquidez y solvencia. Ellas

desconocen una extensa literatura económica que pone de presente que, bajo condiciones de tensión económica (como la de 1998), es muy difícil distinguir los problemas de liquidez de los de solvencia, pues rápidamente la primera condición puede suscitar la segunda. En el caso de Granahorrar basta con detallar el cronograma de eventos adjunto, nunca cuestionado por el Consejo de Estado, para concluir que los problemas de liquidez, a pesar de los ingentes apoyos estatales de junio-septiembre de 1998, generaron una grave condición de insolvencia (Restrepo y Nuñez, 2008).

Esa situación de insolvencia de Granahorrar no era el resultado de los apoyos de Fogafin y del Banco de la República a dicha entidad (por cerca de \$400.000 millones), como lo argumenta de forma casi inverosímil el Consejo de Estado. Lo que ocurría era que (a pesar de dichos apoyos) los ingresos de Granahorrar (en medio de una sobreexpansión hipotecaria) eran superados por sus gastos de fondeo. Esta situación reiterativa generó, finalmente, cheques impagos, tesorería negativa y una relación de patrimonio/activos de riesgo no sólo inferior al 9% requerido, sino cercana a cero.

Las leyes colombianas y la práctica internacional dictaminan que, bajo esas condiciones de insolvencia, el Estado (Fogafin-Banco de la República) no puede renovar de forma indefinida

los apoyos financieros y, por lo tanto, deben proceder a intervenir la entidad. Esto último con el fin de: 1) salvaguardar los ahorros del público en esa entidad; y 2) evitar la destrucción del valor financiero de otras entidades por cuenta de “corridas bancarias”.

El segundo alegato del Consejo tiene que ver con la forma como se generó dicha intervención. Además de “tinterilladas” sobre horarios-fechas y tiempos transcurridos entre la discusión y la notificación, el Consejo extrae la “perla jurídica” de que no era suficiente haber notificado al representante legal (y por esta vía a los dueños de la entidad). Se requería, según el Consejo, haber notificado a todos y cada uno de los propietarios. Para ello existían dos vehículos posibles: 1) notificación escrita a todos los rincones donde ellos pudieran encontrarse; y 2) anuncio público en diario nacional o en el diario oficial.

La primera acción desdice sobre la prontitud con que debe encararse una crisis financiera, precisamente para evitar el efecto “dominó” sobre otras entidades. La segunda acción encierra un total contrasentido: ¿se imaginan ustedes el pánico económico que habría generado la noticia escrita de que tal o cual entidad estaba a punto de quebrarse? Esta última habría sido la antinomia de unos funcionarios públicos que precisamente querían evitar un riesgo sistémico.

Por último, aparece el tema del resarcimiento de unas entidades copropietarias, que supuestamente no fueron notificadas de la situación de crisis. El antecedente que está creando el Consejo de Estado es de suma gravedad para muchos otros casos en los cuales el Estado tuvo que obrar de forma similar (“intervención” para capitalizar o estatizar la entidad si no lo hacían). Están

Cronología financiera de apoyos a Granahorrar

Facilidad Banrepública

Junio 2/98	Se autorizó a Granahorrar apoyo de liquidez por \$144.674 millones.
Junio 18/98	Se autorizó el ingreso a los recursos del Apoyo de Liquidez Especial en cuantía de \$270.000 millones.
Julio 2/98	Se amplió el valor solicitado a \$315.000 millones.
Septiembre 1/98	Se autorizó la modificación del plan de amortización.
Octubre 1/98	Se autorizó una nueva modificación del plan de amortización.

Apoyo Fogafín

Julio 6/98	Fogafín se obligó a entregar a Granahorrar un cupo de aval rotatorio hasta por \$300.000 millones para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.
Septiembre 24/98	Se amplió el cupo rotatorio a \$320.000 millones.
Septiembre 30/98	Se concedió un nuevo plazo y aumentó el cupo a \$345.000 millones.
Octubre 1/98	Se aumentó el cupo hasta por \$400.000 millones.
Octubre 2/98	Se conoció que Granahorrar había incurrido en cesación de pagos el 30 de septiembre de 1998, pues se habían devuelto varios cheques y se encontraba en posición negativa de tesorería.

Fuente: Superfinanciera.

de por medio no sólo cuantiosos recursos fiscales, sino la “señal de inacción” que heredarían los funcionarios públicos.

¿Será entonces que bajo situaciones de sobreexpansión crediticia y deterioro de la cartera la tarea de la Superfinanciera de ahora en adelante debe limitarse a registrar los hechos? El país ya sufrió graves daños por cuenta de lo que en su momento se conoció como el Síndrome Dragacol (inacción frente a las Carteras morosas del Estado, en vez de buscarle ahorros al Estado). Pues bien, ahora el Consejo de Estado acaba de crear el Síndrome Granahorrar, donde la señal para los funcionarios públicos será la inacción en momentos de crisis, con los graves riesgos que ésta encierra. ¿Quién protegerá entonces los ahorros del público y cuál será el costo de dicha inacción?

Jurisprudencia financiera: el manejo en tiempos de crisis

(Comentario Económico del Día 20 de mayo de 2009)*

La Corte Constitucional acaba de suspender la aplicación del fallo contra la Nación en el caso de Granahorrar (a través del Auto 133 del 25 de marzo de 2009). Para lograr este objetivo,

* Con la colaboración de Alejandro González.

la Superintendencia Financiera y Fogafín entablaron una tutela contra la Sala Cuarta del Consejo de Estado, que sorpresivamente revocó el fallo de 2005 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Esta sentencia le había dado la razón a la Superintendencia Financiera y a Fogafin cuando decidieron resolver la insolvencia de capital que arrojó Granahorrar en octubre de 1998 (ver Comentario Económico del Día 5 de diciembre de 2007).

La Corte sustentó su decisión en: 1) las circunstancias particulares que afectaban a los demandantes; y 2) un eventual deterioro de las facultades propias de la Superintendencia Financiera a la hora de enfrentar las crisis financieras. Vale la pena examinar nuevamente este caso a la luz de la actual crisis financiera internacional (2007-2009), donde se han vuelto comunes las intervenciones del Estado para preservar los dineros del público y mantener la confianza en el sector bancario. En efecto, el estallido de la burbuja hipotecaria en Estados Unidos y su transmisión vía titularizaciones terminó por secar la liquidez en los mercados interbancarios, alterando la solvencia de distintas entidades, sobre todo en los países desarrollados.

Así, por ejemplo, Islandia se vio obligada a nacionalizar dos de los bancos más importantes del país, Holanda intervino el

Banco Fortis, mientras que el Estado británico capitalizó cuatro bancos: Northern Rock, Bradford & Bingley, Royal Bank of Scotland y Lloyd's. Todas estas entidades sufrieron episodios de iliquidez que minaron su solvencia y, en algunos casos, terminaron en corridas bancarias, justificando plenamente la acción de los reguladores. Así, sus antiguos dueños perdieron la propiedad (total o parcial) y el Estado tomó posesión de ella para administrarla directamente y ponerla de nuevo a flote.

De forma similar a lo sucedido en Granahorrar, los antiguos propietarios de Northern Rock demandaron al Estado, argumentando que el valor de los activos de la institución era superior al de sus pasivos y, por lo tanto, la nacionalización era infundada. Sin embargo, la justicia británica terminó dándole la razón al gobierno, por lo que la intervención de Northern Rock quedó en firme y su administración pasó a manos de la Compañía Nacional de Inversiones del Reino Unido.

En este momento se desarrollan pleitos similares en Estados Unidos, siendo el más notorio el de Lehman Brothers. El argumento más fuerte es que, en el caso previo de Bear Stearns, la Reserva Federal (Fed) decidió intervenir y ello, según los demandantes, configuró un trato discriminatorio en contra de Lehman. Así mismo, afirman que a Lehman se le dejó quebrar des-

Línea de tiempo del caso Granahorrar

Facilidad Banrepública

- | | |
|----------------------|---|
| Junio 2 de 1998 | • Se autorizó a Granahorrar apoyo de liquidez por \$144.674 millones |
| Junio 18 de 1998 | • Se autorizó el ingreso a los recursos del Apoyo de Liquidez. Especial en cuantía de \$270.000 millones. |
| Julio 2 de 1998 | • Se amplió el valor solicitado a \$315.000 millones. |
| Septiembre 1 de 1998 | • Se autorizó la modificación del plan de amortización. |
| Octubre 1 de 1998 | • Se autorizó una nueva modificación del plan de amortización. |

Apoyo Fogafín

- | | |
|-----------------------|--|
| Julio 6 de 1998 | • Fogafín se obligó a entregar a Granahorrar un cupo de aval rotatorio hasta por \$300.000 millones para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. |
| Septiembre 24 de 1998 | • Se amplió el cupo rotatorio a \$320.000 millones. |
| Septiembre 30 de 1998 | • Se concedió un nuevo plazo y aumentó el cupo a \$345.000 millones. |
| Octubre 1 de 1998 | • Se aumentó el cupo hasta por \$400.000 millones. |

Hitos del proceso jurídico

- | | |
|---------------------|--|
| Octubre 2 de 1998 | • Se conoció que Granahorrar había incurrido en cesación de pagos el 30 de septiembre de 1998, pues se habían devuelto varios cheques y se encontraba en posición negativa de tesorería. |
| Octubre 2 de 1998 | • La Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) ordenó la capitalización de Granahorrar en \$157 billones |
| Octubre 3 de 1998 | • Fogafín ordenó la reducción del capital social de Granahorrar al valor nominal individual de cada acción a un centavo |
| Julio 27 de 2005 | • El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las demandas de los accionistas de Granahorrar. |
| Noviembre 1 de 2007 | • El Consejo de Estado declara la nulidad de la orden de capitalización y ordena resarcir económicamente a los accionistas de Granahorrar. |
| Marzo 27 de 2008 | • La Corte Constitucional ordena la suspensión del fallo de nulidad debido a una eventual afectación de las facultades de los demandados. |

Fuente: Anif con base en Superintendencia Financiera y Corte Constitucional.

pués de que la Fed emprendiera el salvataje de otros bancos comerciales.

Ahora bien, en teoría financiera se aplica el principio de “demasiado grande para dejarlo quebrar”, pero los propietarios de entidades intervenidas se ven forzados a diluir su participación, sin derecho a indemnización alguna. La prioridad aquí es preservar el ahorro del público y no la propiedad de los accionistas.

Si en Colombia se llega a concluir que la potestad del Estado de intervenir en medio de las crisis financieras está en manos de un juez, se caería en una delicada inoperancia del esquema regulatorio del sistema financiero. La Superintendencia Financiera, Fogafin y el Banco de la República quedarían así imposibilitados para enfrentar los conatos de crisis sistémica.

En consecuencia, resulta crucial que las salas plenas de las Altas Cortes, en este caso la Corte Constitucional, estudien a fondo este caso particular, para evitar sentar jurisprudencia que podría desbarrancar al sistema financiero colombiano durante la próxima crisis internacional.

Reforma laboral y constitucionalidad: ¿leyes condicionadas y jurisprudencia temporal?

(Comentario Económico del Día 16 de abril de 2008)*

La Corte Constitucional sentenció recientemente la constitucionalidad de la reforma laboral (Ley 789 de 2002), al considerar que los nuevos alegatos sobre “incumplimiento de sus expectativas” ya habían sido analizados en la Sentencia C-038 de 2004. Así, la Sentencia C-257 de 2008 habrá de tener importancia histórica, pues allí se han clarificado al menos tres aspectos centrales de los arreglos laborales a nivel de las instituciones del Estado.

En primer lugar, se ha ratificado la existencia de jurisprudencia en materia laboral (“cosa juzgada”), por encima de las pretensiones de algunos magistrados que imaginaron el nacimiento del exabrupto de la “jurisprudencia temporal” o de la “cosa juzgada temporal”.

En segundo término, se ha dejado clara la pertinencia de la Rama Legislativa por encima de la Rama Judicial a la hora de entrar a corregir las leyes de la República, cuando quiera que éstas no estén a la “altura de lo esperado”. Así, el activismo de

* Con la colaboración de Camila Torrente.

la Corte y sus pretensiones de colegislador, al menos en esta ocasión, han dado paso a la separación de poderes.

En tercer lugar, se ha puesto de presente la constitucionalidad de leyes que miran el bienestar colectivo, por encima del individual, llegando a concluir que las prestaciones salariales bien pueden reducirse (aun en las contrataciones vigentes). Esto para salvaguardar la generación de nuevos puestos de trabajo.

Anif considera que por esta vía la posición mayoritaria de la Corte (7 de 9 magistrados) ha evitado: 1) generar mayor inseguridad jurídica, pues se pretendía que dicha ley fuera revisada prácticamente según cada fase del ciclo económico; y 2) la aplicación condicionada de las leyes a factores que no están bajo el control de ningún gobierno (tales como el ciclo de la economía mundial).

Como se recordará, la Procuraduría buscaba declarar inexecutable los artículos 25 (ampliación de la jornada diurna); 26 (reducción de recargos dominicales y festivos); 28 (terminación unilateral del contrato) y 51 (jornada laboral flexible). La argumentación no podía ser más peregrina: según la Procuraduría, dicha ley no logró crear los 772.000 empleos que se había imaginado el Ejecutivo-Legislativo, sino tan sólo un 10% de dicha meta; simultáneamente, según la Procura-

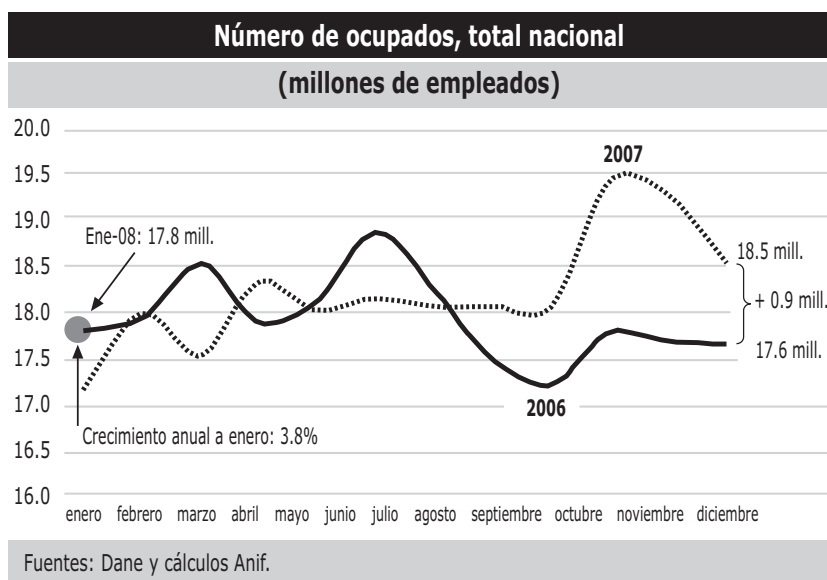
duría, se habrían generado ahorros en costos laborales por el equivalente a \$6 billones, lo cual habría incrementado la rentabilidad empresarial.

Pero según diversos estudios, dicha ley permitió mejorar la generación de empleo y su calidad. Algunos estudios inclusive concluyeron que, en el período 2003-2006, se crearon unos 750.000 empleos, donde los sectores más beneficiados han sido el comercio y los servicios, mientras que la inflexibilidad laboral tan sólo permitió mejoras marginales en el sector industrial (Universidad de los Andes, 2004). La verdad es que resulta casi imposible realizar un análisis “contrafactual” sólido (como el insinuado en el Artículo 46) que permita contestar la pregunta sobre: ¿qué hubiera pasado si no se adopta la Ley 789 de 2002? Lo que es un hecho, es que superado el problema estadístico de 2006, se han generado cerca de 1 millón de nuevos puestos de trabajo al cierre de 2007 (ver gráfico adjunto).

Pero, afortunadamente, la Corte logró entender el problema de fondo, al concluir que si el precio del insumo mano de obra se reduce, pues entonces (“todo lo demás constante”) se incrementará la demanda por trabajo. En este sentido, dijo la Corte, la Ley 789 de 2002 tiende a preservar la generación de mano de obra, aunque no necesariamente con remuneraciones más elevadas para la clase trabajadora (pues son dos cosas distintas, ya que

la segunda está en función del número de desocupados existente en un momento dado). También cabe aplaudir que la Corte descartara la peligrosa figura de “cosa juzgada temporalmente”, pues ésta sería la antinomia de la estabilidad jurídica.

Esperemos que los nuevos miembros de la Corte Constitucional (7 de 9 miembros) en el futuro cercano salvaguarden estos principios de “cosa juzgada”. Ojalá que no nos vengan con la idea de que... “era cosa juzgada... por otros...” y entren a revisar nuevamente todo el expediente con las fatales consecuencias que ello traería para el mercado laboral.



C. TEMAS SOBRE ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN JURÍDICA

La rama judicial: de la conmoción al ordenamiento estructurado

*(Informe Semanal de Anif No. 956, noviembre 24 de 2008)**

El pasado mes de octubre, Anif realizó su Asamblea Anual. Allí tuvimos oportunidad de discutir en profundidad temas relacionados con la crisis financiera internacional, los avances en la reforma financiera que venía tramitándose en el Congreso (ahora congelada hasta nueva orden) y también diversos temas institucionales.

Respecto a los temas institucionales, el de la baja eficiencia en la Rama Judicial y sus problemas operativos tuvo especial relevancia. El presidente del Consejo Directivo de Anif, doctor Luis Carlos Sarmiento Angulo, expresó en dicho foro lo siguiente:

“La ausencia de una justicia eficaz favorece el desarrollo de toda clase de comportamientos antisociales, como ha ocurrido en Colombia (...) Las leyes prevén sanciones muy severas contra la insurgen-

* Con la colaboración de Camila Torrente.

cia y la delincuencia organizada, pero su capacidad disuasiva es prácticamente nula por la incapacidad del Estado de hacerlas efectivas. Es lo que en la teoría económica del derecho se presenta como un fenómeno de ‘rentabilidad del delito’ (...)”

Estos pronunciamientos coincidieron con la cesación de actividades de la propia Rama Judicial, que entonces completaba más de un mes de paro. El gobierno le acababa de trasladar a la Rama Judicial todas las decisiones sobre declaratoria de ilegalidad frente a cesación de actividades laborales, según Ley 1210 de 2008. Esto con el fin de atender los reclamos internacionales elevados a raíz de las negociaciones del TLC en el Congreso de Estados Unidos.

El gobierno del presidente Uribe reaccionó positivamente frente al llamado del doctor Sarmiento para que se diera un tratamiento de choque con el fin de frenar la congestión judicial, declarando entonces la “conmoción interior” (Decreto-Ley 3930 de 2008, entre otros). Sin embargo, dicha declaratoria quedó limitada a enfrentar el “hecho sobreviniente” de la congestión adicional causada por la cesación laboral de los meses de septiembre-octubre de 2008. Será entonces necesario trabajar en paralelo una Ley de Descongestión Estructural de la Justicia, la cual deberá encerrar múltiples facetas, la mayoría relacionadas con “tiempos-movimientos” de los procesos, con códigos de procedimientos unificados y con la dota-

ción tecnológica adecuada. Todo ello para hacer realidad el compromiso de “poner a punto el sector justicia” antes del año 2010, tal como lo ha venido afirmando el presidente Uribe. A continuación haremos un breve recuento del diagnóstico que se tiene sobre el sector justicia y sobre sus puntos más neurálgicos.

Diagnóstico

La marca de agua de un país desarrollado viene dada por la prevalencia del “imperio de la ley”. En Colombia esta condición de ordenamiento jurídico nos ha sido esquiva por múltiples factores. Una hipótesis que debería escudriñarse con la lupa académica es que en Colombia la Rama Judicial ha terminado siendo dominada por una especie de “síndrome de lo penal”. La primera etapa de dicho síndrome provino del nefasto legado de la violencia guerrillera (1960-1970), posteriormente agravada por el narcotráfico y el surgimiento de las llamadas autodefensas (1980-2008).

Una segunda etapa de dicho síndrome tiene que ver con las fallas operativas y la tardanza al interior del aparato judicial. Esto ocurre por igual en lo penal como en los procesos civiles. Si se hubiera aplicado en Colombia el principio de “pronta justicia”, y si los delincuentes hubieran sido castigados a tiempo, entonces la justicia habría cumplido su papel disuasivo, tal como lo señaló

el doctor Sarmiento. Ante la falta de “pronta justicia”, el país ha vivido una especie de segunda ola de retroalimentación delin cuencial por cuenta de la impunidad, donde muchos han decidido tomar la justicia en sus manos.

La pugnacidad de lo “jurídico” en Colombia ha tenido como resultado el reemplazo del “código civil” por el “código penal”. Esto aplica por igual tanto a las firmas privadas que contratan con el Estado para adelantar obras civiles, en medio de grandes incertidumbres, como a los propios funcionarios públicos que intentan zanjar pleitos de larga data con el Estado. A mano tenemos las nefastas experiencias sufridas por servidores públicos, generando lo que se ha denominado el “efecto Dragacol”: la inacción de muchos de ellos frente a propuestas de conciliación por temor a la aplicación ciega de un código penal complejo. Tras casi diez años de pleitos, se les ha exonerado a servidores del Ministerio de Transporte, al comprobarse que habían sido ellos las víctimas del engaño.

Diversos estudios habían señalado, en los años 1995-1997, que la probabilidad de que un delito denunciado resultara en una condena era inferior a 10% (Clavijo, 1998). De allí salió la idea de que la “impunidad aparente” era superior a 90% en Colombia. Cálculos recientes indican que en este frente no se ha progresado significativamente, donde parece que la probabilidad de cas-

tigo se ha elevado a no más de 30%. Mientras que en Estados Unidos cerca de un 70% de los acusados se declara culpable (para acceder a rebajas, pues saben que la justicia los condenará), en Colombia esta cifra no supera el 10%.

¿Cómo entender, por ejemplo, la disparidad entre las elevadas tasas de homicidios (37 x 100.000 habitantes en 2007) y las bajas tasas de encarcelamiento (140 x 100.000 habitantes) que se tienen en Colombia? En Estados Unidos la tasa de homicidios ha venido descendiendo de 20 a 6 x 100.000 habitantes, pero mantiene una tasa de encarcelamiento de 700 x 100.000 habitantes. ¿Dónde queda entonces el poder disuasivo del “castigo” frente al “crimen” en Colombia? (ver gráficos 1 y 2).

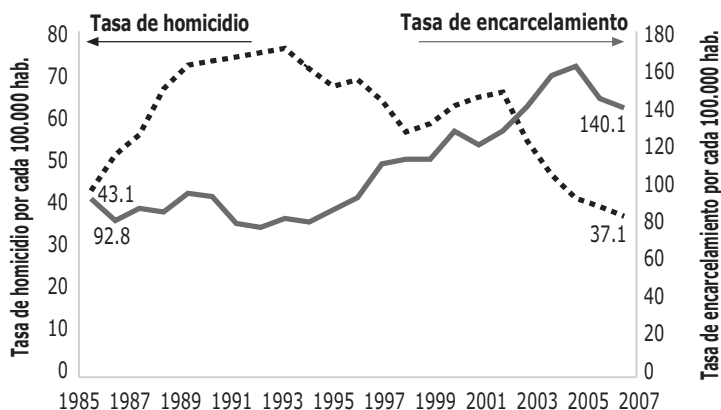
Algunos progresos

Algo se ha avanzado en materia de tiempos procesales relacionados con los homicidios. Bajo la Ley 600 de 2000, el tiempo procesal de un homicidio era de unos 16 meses. Se ha estimado que bajo la Ley 906 de 2004 se ha logrado reducir a unos 4-6 meses, en promedio. Algo similar ha ocurrido en la solución de los delitos de hurto.

A pesar de los progresos en evacuación de casos existentes, se continúan acumulando los nuevos procesos. La

Gráfico 1. Tasa de homicidios y encarcelamiento en Colombia

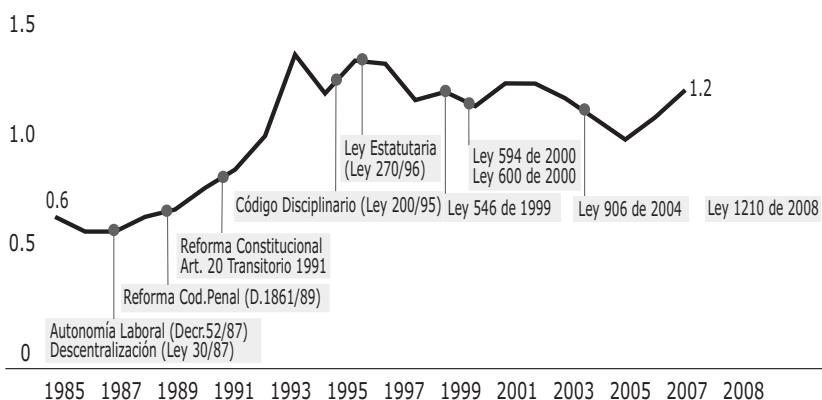
(% por cada 100.000 habitantes, 1985-2007)



Fuentes: Fundación Seguridad y Democracia, Inpec y cálculos Anif.

Gráfico 2. Gasto público en justicia y reformas en Colombia

(% del PIB)



Fuentes: Clavijo (1998), DNP y cálculos Anif.

congestión en la etapa de indagación es preocupante. Cada investigador de las unidades especiales tiene, en promedio, unas 100 órdenes de investigación pendientes. En Bogotá, Medellín y Cali ese número alcanza casi las 200 órdenes por investigador.

El Consejo Superior de la Judicatura viene trabajando arduamente para implantar una reingeniería jurídica, que permita conocer los “tiempos y movimientos” de los procesos, gracias a sus avances en el programa Siglo XXI. Es evidente que se ha progresado, sustituyendo la máquina de escribir y el papel carbón por la información digital (aunque todavía el atraso a nivel municipal es notorio). La Ley 594 de 2000 ha jugado un papel importante en todo esto y el manejo digital de los archivos judiciales será crucial hacia el futuro.

Igualmente, cabe aplaudir la introducción de la oralidad en los procesos penales (Ley 906 de 2004). Dicha oralidad se ha venido desarrollando en tres fases. La primera se inició en 2005, cubriendo los distritos judiciales de Bogotá, Manizales, Pereira y Armenia. La segunda, desde 2006, extendiéndose a Cali, Tunja, Medellín y Bucaramanga. Y, por último, la tercera fase implementará la cobertura nacional en oralidad judicial antes de 2010.

Un ejemplo donde ha funcionado relativamente bien el saneamiento judicial tiene que ver con los procesos hipotecarios generados a raíz de la crisis de 1998-2002, donde la Ley 546 de 1999 jugó un papel crucial. Allí se aplicó el expediente de los “procesos sumarios”, pues claramente en emergencia resultaban inoperantes las vías ordinarias. La Ley de Descongestión Judicial debería replicar esta exitosa experiencia.

Muchos desafíos

En Colombia continúan vivos los problemas de “notificaciones”, donde un proceso hipotecario bien puede dilatarse por 4-8 años, y donde las etapas de conciliación previstas en la ley no han podido aplicarse para beneficio de las partes. En el mundo anglosajón se ha optado por “servir” o notificar a la contraparte de forma expedita, evitando que este paso elemental pueda convertirse en un “ardid jurídico” de la contraparte para retrasar los procesos.

El problema de los tiempos procesales es susceptible de empeorar debido al uso indiscriminado de la tutela. Como bien se sabe, hoy por hoy se ha desfigurado como recurso expedito para reclamar “derechos fundamentales” y se ha constituido en un instrumento para obstaculizar y rebatir la aplicación de la ley. La tutela ha dejado de ser un instrumento de reclamo del ciudadano

ante el Estado y lo vienen usando indiscriminadamente los propios estamentos del Estado, incluyendo la Procuraduría, Fiscalía y Contraloría.

Anif ha venido argumentando que se requiere reglamentar el uso de la tutela (ver *Informe Semanal* No. 831 de mayo de 2006). Ella no debería interponerse ante cualquier juez, sino frente a aquellos que son especialistas en la materia del caso; también cabe explorar la idea de limitar la aplicación de la tutela frente a sentencias judiciales, pues esto dilata la “pronta justicia”. La propia rama debe poder solucionar internamente las dudas que surjan de las primeras instancias, recurriendo a sus salas de apelación y tribunales superiores, lo cual constituye una rutina a nivel mundial, sin tener que apelar a múltiples juicios en paralelo torpedeados vía tutelas.

Conclusiones

Tener éxito en la etapa del “orden público”, tal como viene ocurriendo con el esquema de la Seguridad Democrática de la administración Uribe, es condición necesaria mas no suficiente para lograr la paz duradera. Se requiere una rama judicial ágil y certera para consolidar la paz.

La declaratoria de “conmoción interior” por parte del gobierno en octubre de 2008, para enfrentar el caos judicial,

constituye apenas la cuota inicial de una ruta de trabajo hasta lograr el ordenamiento jurídico en Colombia. Este tratamiento de choque servirá apenas para evacuar lo acumulado durante el paro judicial. Pero, simultáneamente, debe estructurarse un plan que aborde el delicado tema de un “único código de procedimiento” y la sistematización de los procesos para poderlos manejar en línea. Sólo cuando se pueda identificar en todo el territorio nacional cómo está operando y avanzando el “lado de la oferta” en materia de procesos jurídicos, resultará posible alcanzar un “ordenamiento jurídico” que asegure la paz en Colombia.

Operatividad de los cuerpos colegiados: bancos centrales y Altas Cortes

(Comentario Económico del Día 2 de abril de 2008)

Dos de las instituciones más valiosas dentro del engranaje de las democracias con libre mercado son los bancos centrales (BC) y las Altas Cortes (AC). En el mundo desarrollado, ambas operan bajo esquemas de “independencia” respecto del Ejecutivo y ejercen importantes “balances y contrapesos” frente a los gobiernos de turno.

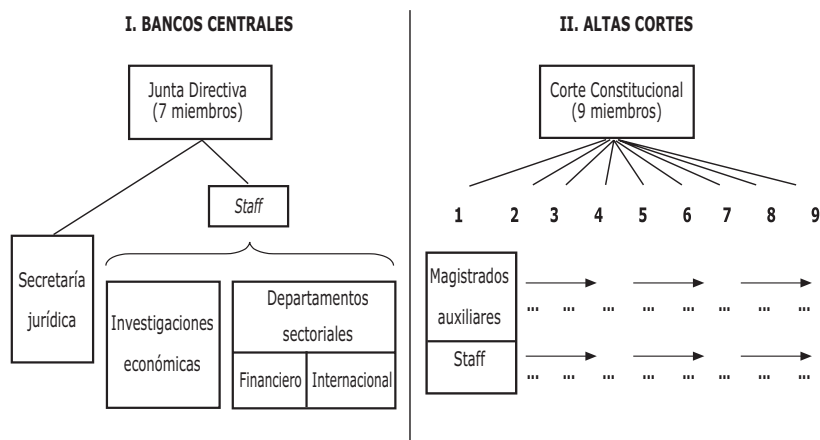
Los BC se focalizan en proveer un ambiente macroeconómico estable a través del manejo de su instrumental monetario, cambiario y crediticio. Para ello adelantan políticas contracíclicas respecto al gasto público. Esto sólo será exitoso bajo estrecha coordinación macroeconómica con el Ejecutivo y ejerciendo, al mismo tiempo, su “independencia instrumental” (McDonough, 1994, “An Independent...”).

Las AC imparten justicia en los diferentes campos penales, comerciales, laborales, etc. Al igual que los BC, deben manejar un instrumental analítico e interpretativo de las complejas situaciones en que cabe aplicar las leyes aprobadas por los congresos. Dichas AC también deben actuar de forma independiente, no sólo respecto al Ejecutivo, sino frente al Legislativo.

Dadas estas similitudes, resulta interesante asomarnos a la “cocina” de los BC y las AC para indagar la forma como operan y toman sus complejas decisiones de política económica y jurídica, respectivamente. ¿En qué se diferencian los “ingredientes” que usan los BC respecto a los de las AC? ¿Cómo están organizados sus equipos analíticos (*staff*) y cómo preparan sus documentos y ponencias? Por último, ¿cuáles son los procedimientos seguidos por los BC y las AC a la hora de sus decisiones finales?

En primer lugar está el tema de los “ingredientes”. Los BC deben compilar información estadística y evaluar lo ocurrido en situaciones históricas similares. Para ello crean modelos analíticos y ponen a prueba su confiabilidad estadística. Los avances econométricos y los “modelos de equilibrio general dinámico” permiten hoy en día analizar intertemporalmente los efectos de tal o cual acción de política económica. No obstante, siempre existirá algún grado de incertidumbre sobre los supuestos de dichas proyecciones y es bien sabido que prevalece el problema de la “crítica de Lucas” (donde resulta imposible conocer “los parámetros profundos” del modelo debido a los cambios que producen las propias decisiones de política económica).

Operatividad de los cuerpos colegiados



Fuente: elaboración Anif.

Las AC deben realizar una tarea investigativa similar, recurriendo a su instrumental jurídico. En estos casos el énfasis no puede estar en el insumo estadístico, sino en la capacidad analítica para cotejar diferencias-similitudes históricas y sus complejidades sociopolíticas (Posner, 2003, “Law, Pragmatism...”). Pero aun así, resulta indispensable que las AC puedan proyectar el efecto de sus acciones, trabajando de forma interdisciplinaria y entendiendo los problemas actuariales, financieros, ambientales, etc. (ver Comentario Económico del Día 13 de diciembre de 2007).

En segundo lugar aparece la temática de los *staffs* de los BC y de las AC. Mientras que los BC recurren fundamentalmente a economistas y se apoyan en abogados para implementar sus resoluciones, las AC están conformadas por abogados y sólo marginalmente escuchan conceptos de otras disciplinas, pero sin que esos otros profesionales formen parte de su *staff*. Algunos magistrados de las AC de Colombia han solicitado que se incluyan partidas presupuestales para permitírseles conformar equipos interdisciplinarios, pero ello podría resultar costoso y hasta ineficiente. Alternativamente, las AC deberían ser más activas a la hora de solicitar conceptos de profesionales externos y superar así su “autismo-legal”.

Una forma en que las AC podrían ganar mayor riqueza evaluativa sería superando el actual esquema que induce a que cada magistrado tenga su propio *staff*, arreglo que impide una visión verdaderamente colegiada y que tiende a generar rencillas personales (ver diagrama adjunto). El ideal es que exista un *staff* jurídico-investigativo de carácter centralizado para cada uno de sus estamentos (Corte Constitucional, Corte Suprema o Consejo de Estado).

La experiencia de los BC que cuentan con un *staff* común, el cual prepara la visión colegiada sobre la cual se pronunciarán los codirectores, ha sido exitosa a nivel internacional (Clavijo, 2000, “Reflexiones...”). Los codirectores de los BC no cuentan con un *staff* propio, sino que aprovechan a los especialistas del *pool*-general para resolver de forma colegiada sus inquietudes, lo cual facilita las decisiones de consenso. Por el contrario, las AC recurren a la elaboración de ponencias en cabeza del juez tal, elaborado por su propio *staff*, lo cual induce mayores disensos (Lazarus, 1999, “Closed Chambers...”).

Por último, las decisiones colegiadas requieren un alto grado de madurez por parte de quienes conforman el cuerpo directivo de los BC o las AC. De allí la importancia de acceder a esos cargos tras una probada trayectoria profesional. En el caso de los BC mucho se gana cuando sus codirectores han tenido experiencia

en el sector público (preferiblemente en el Ministerio de Hacienda) o, tratándose de las AC, sería clave haber sido juez y ascendido por los tribunales superiores.

En síntesis, las decisiones colegiadas requieren contar con una “cocina” bien apetrechada en insumos técnicos, foros de discusión común que eviten las visiones parcializadas y directores-magistrados con amplia experiencia en dichos oficios. Con estos requisitos a mano, tenemos los elementos necesarios para realizar, en otra ocasión, una evaluación cuantitativa sobre la eficacia operativa de nuestros BC y AC.

Crimen, impunidad y tasa de castigo en Colombia: el síndrome del “cójalo, cójalo-suéltelo, suéltelo”

(Comentario Económico del Día 24 de enero de 2007)*

La crisis del sistema judicial y carcelario es un común denominador en toda América Latina. En el caso de Colombia, los efectos organizativos de la reforma constitucional, la creación

* Con la colaboración de Germán Montoya.

de la Fiscalía, del Consejo de la Judicatura y las diversas reformas penales y carcelarias (durante el largo período 1991-2006) han estado muy por debajo de lo esperado. La impunidad, la arbitrariedad, el desorden jurídico de tener “tutelas” impugnando permanentemente fallos judiciales hacen de Colombia uno de los países con mayor “inseguridad jurídica”.

Una de las mayores paradojas que enfrenta nuestro sistema penal es el síndrome del llamado “cójalo, cójalo-suéltelo, suéltelo”. El “cójalo, cójalo” se refleja a nivel estadístico en las altas tasas de impunidad, donde la relación crimen denunciado/crimen castigado es cercana a 1% (cifra que, además, no recoge el problema del crimen no denunciado). El “suéltelo, suéltelo” se refleja en las bajas tasas de encarcelamiento y en el ridículo número de años de castigo que en la práctica enfrentan los delincuentes en Colombia.

Este último problema del “suéltelo, suéltelo” tiene dos facetas. Su primer aspecto se relaciona con la baja Tasa de Encarcelamiento (TE). La TE en Colombia se ha incrementado levemente en el último lustro, al pasar de 145 presos por cada 100.000 habitantes en el año 2000 a una de 163 al cierre del año 2005 (un incremento de 2.5%). Siendo Colombia un país tan violento (todavía con tasas de homicidios de cerca de 40 por 100.000 en

el año 2006), dicha TE tan baja no se compagina con lo que ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos. Allí las tasas de reclusión son de 738 por cada 100.000, frente a una tasa de homicidios de 6 por cada 100.000 habitantes.

Colombia presenta tasas de reclusión similares a las de Europa occidental (70-145 reclusos por cada 100 mil habitantes), como si las tasas de homicidio fueran de 4 por cada 100.000 (en vez del 40 ya mencionado). Chile, país verdaderamente pacífico, tiene una tasa de reclusión de 238 presos por cada 100.000 habitantes (ver cuadro adjunto).

Número de presos				
(por 100.000 habitantes)				
			Variación 2005/2000 (%)	
País	2000	2005	Absolutas	Relativas
Colombia	145	163	12.4	2.4
Estados Unidos	683	738	8.1	1.6
Gran Bretaña	122	145	18.9	3.5
Francia	83	88	6.7	1.3
España	115	140	21.8	4.0
Brasil	132	188	42.4	7.3
Chile	214	238 *	10.7	2.1
Perú	107	109 *	1.9	0.4
Argentina	106	190 *	79.2	12.4

Fuentes: The Economist, Centro de estudios sobre justicia de América (CEJA), INPEC y cálculos Anif.
*2004.

El segundo aspecto del “suéltelo, suéltelo” se manifiesta en unas bajísimas tasas de castigo. El propio gobierno señaló recientemente que su criterio para haber impulsado la Ley de reinserción era que la mayor tasa de castigo efectivo en Colombia (contempladas las generosas rebajas por “buen comportamiento”) bordeaba los nueve años (aun por los delitos más atroces). Aunque la condena máxima “nominal” es de cincuenta años, los conceptos de aceptación de cargos, denuncia, trabajo-estudio hacen que la impunidad se manifieste en tasas de castigo efectivas muy bajas, que no logran el efecto disuasivo que se debe perseguir.

El gobierno ha encontrado en la crisis fiscal del Gobierno Central su mejor excusa para decir que se está haciendo “lo que presupuestalmente” se alcanza. Sin embargo, las tasas de hacinamiento son verdaderamente inhumanas, aunque se han reducido de 39% a 16% en los tres últimos años. Pero, aun así, esta última tasa implica un sobrecupo cercano a los 9.000 presos. Estas condiciones impiden que se apliquen programas adecuados de rehabilitación y mantienen nuestras cárceles como verdaderas “universidades” al servicio de la delincuencia.

En síntesis, superar estas graves condiciones de operación de nuestro sistema judicial-penal requiere trabajar urgente-

mente en varios frentes. A nivel institucional es imperioso repensar el tema de rebaja de penas y re-penalización de diversos delitos (incluyendo aquellos donde se usa la condición de “menores de edad”). Sólo de esta manera se logrará un justo equilibrio entre castigo, disuasión y rehabilitación. A nivel presupuestal, se deben continuar los esfuerzos por ampliar el sistema carcelario y mejorar sus condiciones de estadía y rehabilitación. Buena parte del éxito del programa de la Seguridad Democrática-II descansará sobre un justo equilibrio entre el perdón y la sanción; esto sólo podrá implementarse si superamos la impunidad a través de establecer un sistema penal más equilibrado en sus diversos aspectos.

Eficiencia en la justicia y conmoción interior

(Comentario Económico del Día 14 de mayo de 2009)*

En octubre de 2008, tras un paro de los trabajadores de la Rama Judicial que ya duraba 38 días, el Gobierno Nacional procedió a declarar el “estado de conmoción interior” con el fin de

* Con la colaboración de Camila Torrente.

recuperar la institucionalidad judicial y frenar la salida masiva de miles de presos, favorecidos por el “habeas corpus”.

En aquel momento Anif elogió esa decisión del Gobierno Nacional y, de hecho, tuvimos oportunidad de participar en sesiones de trabajo con las Altas Cortes tendientes a identificar dónde podrían estar los cuellos de botella en materia de recopilación y procesamiento eficiente del cúmulo de casos y datos que viene anegando al sector justicia en Colombia (ver *Informe Semanal* No. 956 de noviembre de 2008).

Según el informe del Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), dicho paro judicial había ocasionado la liberación de 2.720 presos, se represaron más de 37.000 tutelas, se dejaron de fallar 120.700 procesos, se postergaron 25.300 audiencias, donde cerca de dos terceras partes eran de vital importancia.

Sin embargo, en opinión de la Procuraduría y de la Corte Suprema, esas no eran razones válidas para haber declarado dicho “estado de excepción constitucional”. En cambio, el CSJ avaló la declaratoria de excepción como una medida apropiada para al menos evitar que se agravara el llamado represamiento de procesos judiciales.

En febrero de 2009 finalmente se conoció el pronunciamiento de la Corte Constitucional (CC), la cual declaró inexecutable (no

ceñido al mandato constitucional) la declaratoria del estado de conmoción interior de octubre de 2008. Según la CC, este tratamiento de choque no se ajustaba al Artículo 213 de la Constitución, pues era deber del Ejecutivo enfrentar los problemas estructurales de la Rama Judicial, tales como la congestión en los despachos judiciales.

Curiosamente, la CC ignoró la situación de caos que había generado la reciente decisión del gobierno de trasladarle a la Rama la declaratoria de ilegalidad de todos los paros, situación que ésta aprovechó para exigir una nivelación salarial por las vías de hecho. Como la Rama estaba en paro, no había nadie que pudiera poner orden por la vía regular, y de allí la pertinencia de la medida de excepción tomada por el gobierno y que, unos meses más tarde, la CC viene a desconocer sobre principios etéreos que poco tienen que ver con la situación de caos judicial que vive el país. Por el contrario, la CC debió aprovechar dicha situación para esclarecer cuáles son aquellos “servicios públicos esenciales” sobre los que no cabe la cesación de actividades. Anif considera que los servicios de justicia deben hacer parte de ellos. Resulta entonces sorprendente lo actuado por la CC.

Afortunadamente, el CSJ se puso en la tarea de asignar recursos para agilizar los procesos durante el período octubre-2008

y febrero-2009, recopilando información de forma más expedita. Empero, esta opción se cerró con la declaratoria de inexequibilidad por parte de la CC.

Las peticiones de alzas salariales en el sector justicia se han vuelto recurrentes; sin embargo, su eficiencia aún deja mucho que desear, pues mientras no se logren procesos integrados con tecnologías apropiadas, va a ser muy difícil para los jueces y las partes interesadas hacerle el seguimiento detallado a cada proceso.

El sector justicia ha prácticamente duplicado su asignación presupuestal en la última década, alcanzando cerca del 1.2% del PIB, ver gráfico adjunto. Sin embargo, Colombia todavía registra una de las tasas de homicidios más elevadas del mundo (37 por cada 100.000 habitantes), pero (curiosamente) acompañada de tasas de encarcelamiento de las más bajas (140 por cada 100.000 habitantes). Así, el poder disuasivo de la justicia en Colombia es mínimo, dada la bajísima probabilidad de castigo frente al crimen.

Por todo lo anterior, los colombianos deberíamos declararnos en estado de conmoción ciudadana frente a una CC que opina que el sector justicia no requiere tratamientos de choque frente a hechos que nos deberían llamar a la reflexión: a) en Colombia

la tasa de homicidios continúa siendo de 37, cuando ésta no debería superar un 2 por cada 100.000 habitantes (como ocurre en España o Chile); b) en Colombia la tasa de encarcelamiento es sólo de 140 por cada 100.000 habitantes, cuando ésta debería duplicarse o triplicarse (como también ocurre en España y en Estados Unidos) para que la justicia cumpla su papel disuasivo; y c) la longitud de los procesos y su constante entramamiento a través del mecanismo de la tutela hacen que la impunidad siga campeando en Colombia.



“REFLEXIONES SOBRE PROCESOS DE PERITAZGO EN COLOMBIA”

El viernes 5 de septiembre de 2008 se llevó a cabo un desayuno de trabajo convocado por Anif, siguiendo la motivación del Hugo Palacio, quien ha venido impulsando la convergencia de las profesiones del Derecho y la Economía para pensar conjuntamente diversos temas.

Este tema se debatió con la participación de los siguientes expertos: Emilio José Archila, Guillermo Gamba Posada, Edgar Fernando Nieto Sánchez, Camilo Soto Franky, Jorge Torres Lozano, Armando Vegalara y Luis Alberto Zuleta Jaramillo; bajo la coordinación y relatoría de Anif (Sergio Clavijo, Carlos Ignacio Rojas y Camila Torrente).

Formato para el proceso de peritazgo

Entre los asistentes hubo consenso acerca de tres grandes fallas legales que afectan el proceso de peritazgo. En primer lugar, se reconoció que no se cuenta con un formato definido para el proceso de peritazgo en Colombia. Se debe trabajar entonces en la línea de formular una estructura que le permita

al perito realizar de mejor forma su proceso de recolección de información, análisis de datos y reporte.

El grupo mencionó que es necesario que el perito trabaje conjuntamente con las partes y el tribunal de arbitramiento con el fin de que éste pueda comprender mejor los puntos de conflicto entre las partes y poder expedir un dictamen más preciso. Así mismo, se mencionó la idea de adoptar prácticas internacionales, como la usada en Estados Unidos, donde las partes deben proveer al perito con toda la información disponible para que éste ejecute de forma eficiente su trabajo.

De igual forma, se sugirió que, dentro del proceso, se debería incluir una etapa o sesión en la cual se le permita al perito exponer su dictamen integralmente, evitando las confrontaciones de las partes. Ello generaría un mejor entendimiento del problema y ayudaría a que recurrentemente se rechacen los dictámenes de los expertos, sin verdaderas razones de juicio técnico. Para que esto fructifique debe quedar claro que no se trata de una sesión de debate, sino de entendimiento técnico del problema.

También se discutió sobre la necesidad de esclarecer el alcance de los peritazgos. En principio el perito se entiende como un auxiliar de la justicia, quien es llamado a emitir un dictamen relacionado con su profesión o práctica, tanto en ejercicio de su

función pública como privada. Se argumentó que, con elevada frecuencia, dichos conceptos o no se entienden a cabalidad, o se desechan, recurriendo a argucias jurídicas. Todo esto hace que en muchas ocasiones la labor de los peritos se desconozca tanto a nivel técnico como pecuniario, generando un elevado “costo de oportunidad” para la labor profesional de quienes prestan sus servicios como peritos.

Idoneidad de los peritos

El segundo gran tema que se debatió fue la idoneidad de los peritos. El grupo estuvo de acuerdo en la creación de un modelo de calificación de peritos, que tenga en cuenta su práctica y experiencia. De esta manera los jueces podrían contar con el mejor personal de apoyo técnico. Adicionalmente, la divulgación y creación de un “banco de conceptos” ayudaría a ir generando así “jurisprudencia-técnica”, la cual debe volverse de uso común y aplicable a casos similares.

Los peritos de la justicia ordinaria juegan un papel crucial, pues sus conceptos suelen aplicarse a la solución de temas con gran impacto social y fiscal. En la práctica, estos son los casos que arrojan la mayor inseguridad jurídica, ya que estos son nombrados por los mismos jueces.

Dado la anterior, se sugiere estudiar el sistema de justicia norteamericano en lo referente a los llamados “*expert witnesses*”. Así, se podría contar con un grupo multidisciplinario de expertos cuyo dictamen sea más técnico y multifacético. Se comentaron los excelentes resultados de experiencias internacionales donde se recurre a las asociaciones de profesionales dedicadas a asesorar a la justicia. En la medida en que se deje claro que se trata de asociaciones de apoyo a la justicia, también trascenderá el mensaje de que quien decide es el tribunal y su juez, no los peritos.

La eficiencia de la labor de peritazgo está relacionada a su vez con el acceso a la información. En Estados Unidos, por ejemplo, la información que manejan las partes se distribuye más fluidamente que en Colombia, aminorando el conocido problema de “asimetría de información”. En Colombia se mantiene una separación artificial entre los peritazgos aportados (formalmente al proceso) o los solicitados (durante el proceso), donde solo estos últimos circulan libremente entre las partes.

Honorarios del perito y riesgo financiero

Se señaló que los peritos incurren en un alto riesgo financiero, dado que el cálculo de sus honorarios es bastante arbitrario e incierto. Como ya lo mencionamos, si el dictamen del perito llega a desecharse (la mayoría de las veces con argumentos poco

técnicos), entonces el perito no recibirá ninguna remuneración. Adicionalmente, en diversos casos los propios peritos se exponen a ser denunciados penalmente y casos se han visto en que terminan en la cárcel. Todos estos elementos atentan contra la creación de un cuerpo de profesionales que puedan dedicar su experiencia y conocimiento a apoyar como peritos la aplicación de “pronta justicia” en Colombia.

En la actualidad, los honorarios del perito se establecen en el momento en que este acude al tribunal con su dictamen. Sin embargo, aun después de entregado este dictamen, las partes pueden plantear objeciones, mandar a revisar el cuestionario original e incluir nuevas preguntas. El grupo consideró importante regresar al sistema previo en el que el pago de honorarios era un requisito para que las partes pudieran entrar a objetarlo o establecer el alegato del caso.

El sistema actual se ha traducido en un enfrentamiento continuo entre peritos y los abogados de las partes, donde los segundos cuestionan permanentemente la calidad profesional de los primeros, pero sin verdaderamente entender sus conceptos. Desechar el concepto, en vez de analizarlo, se ha vuelto un mecanismo recurrente para intentar ganar los pleitos por la vía de la argucia jurídica, en vez del análisis objetivo de los hechos.

Mensaje final

En síntesis, la discusión permitió concluir que una forma de afianzar la validez de los conceptos técnicos, en medio de la discusión jurídica de los casos, es tratando de posicionar la actividad de los peritos como parte de cuerpos asociados y multidisciplinarios. Dicho de otra manera, el ideal es que se diga que el concepto proviene de la asociación experta en tal tema y no necesariamente del individuo profesional tal, lo cual ayudaría a despersonalizar los conceptos y darles mayor valor institucional, tal como ocurre en muchos países desarrollados.

En todo esto jugará un papel clave la pedagogía que se haga sobre los temas técnicos y la creación de un cuerpo de conocimiento de uso amplio, que trascienda los casos particulares. El Norte en todo este tema pasa por estructurar “Códigos de Peritazgo” donde se diga qué se espera de ellos y cómo deben operar, pero al mismo tiempo plantearles claramente cómo serán remunerados y cómo se acotarán sus riesgos jurídicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acemoglu D., Johnson S., and Robinson J. (2001), "The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation", *American Economic Review*, December.
- Botero J.H. (2000), "Una crítica al funcionamiento de la Corte Constitucional", Foro de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, septiembre.
- Botero J.H. (2008), "Heterodoxia constitucional", diario *La República*, noviembre.
- Botero, J. H. (2009) "El Estado de opinión y democracia", *El Espectador* (23 de agosto).
- Cepeda M.J. (2001), *Derecho constitucional jurisprudencial: las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis Editores.
- Cepeda M.J. (2007), *Polémicas constitucionales*, Legis Editores.
- Clavijo S. (2001), *Fallos y fallas económicas de la Corte Constitucional*, Libros de Cambio, Editorial AlfaOmega, abril.
- Clavijo S. (2003), "Crecimiento, productividad y la nueva economía: implicaciones para Colombia", *Revista del Banco de la República*, mayo.
- Clavijo S. (2004), *Descifrando la 'nueva' Corte Constitucional*, Libros de Cambio, Editorial AlfaOmega, febrero.

- Clavijo S. (2007), “Impacto económico de algunas sentencias de la Corte”, *Diálogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Cuéllar M.M. (2004), “El test de razonabilidad y la estabilidad en las reglas del juego”, *Diálogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- De la Calle H. (2007), “Coyuntura política colombiana y TLC”, revista *Carta Financiera* de Anif, No. 139, agosto-septiembre.
- De la Calle H. (2007b), “Argumentación constitucional y políticas económicas”, *Diálogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Easterly W. and R. Levine (2002), “Tropics, Germs, and Crops: How Endowments Influence Economic Development”, NBER, *Working Paper* 9106, August.
- Elster J. (2000), *Ulises Unbound*, Cambridge University Press.
- Hommes H. (2009), “El cénit del patriarca y los albores de la duda”, diario *El Tiempo*, 21 de mayo.
- Kalmanovitz S. (2002), “Elster para economistas”, Seminario de la Universidad Nacional-Banco de la República con ocasión de la visita de J. Elster, octubre.
- Kalmanovitz, S. (2003), “La Corte Constitucional y el Emisor”, *Ensayos sobre Banca Central: comportamiento, independencia e historia*, Grupo Editorial Norma.
- Kalmanovitz, S. (2009) “El Estado de opinión manipulable” *El Espectador*, (24 de agosto).
- Madisson, A. (1991), *Dynamic Forces in Capitalist Development: A Long-Run Comparative View*, Oxford University Press.
- Montealegre, E. (2007), “Principio de proporcionalidad y políticas económicas”, *Diálogo entre abogados y economistas sobre*

la Constitución en el aspecto económico, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

- Montenegro A. y Rivas R. (2005), *Las piezas del rompecabezas: desigualdad, pobreza y crecimiento*, editorial Taurus, Bogotá.
- North. D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press.
- Posner R.A. (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard U. Press.
- Posner R.A. (2008), *How Judges Think*, Harvard U. Press.
- Restrepo J. C. y Nuñez A. J. (2008), *Diálogo sobre la crisis financiera*, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín.
- Rodrik D., Subramanian A. and Trebbi F. (2002), "Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development", NBER *Working Paper* No. 9305, October.
- Steiner R., Clavijo I. y Salazar N. (2008), "Colombia's Efforts at Achieving Inclusive and Sustainable Growth: The Road Traveled and the Challenges Ahead", Fedesarrollo, May.
- Uribe J.D. (2002), "Comentarios a: 'Inequality, Institutions and Long-Term Growth in Colombia' de Clemens, Easterly y Posada", seminario organizado por el Banco de la República, noviembre.
- Urrutia M. (1998), "Comparaciones entre la política educativa en Asia y América Latina", *Revista Desarrollo y Sociedad*, Uniandes-Cede, marzo.