
EL JUEZ CONSTITUCIONAL: UN ACTOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Juan Carlos Henao Pérez*

1 La realidad material obliga a las ciencias a cuestionar y refundar sus paradigmas. Lo que impulsa las transformaciones del conocimiento, lo que es realmente importante, son las condiciones que se viven en cada país. La plenitud del saber no surge de la lectura rutinaria de libros o teorías, usualmente importadas de otras partes del mundo y aplicadas sin adaptarlas al contexto –incluida la enseñanza universitaria cuando se torna *acrítica*–, sino de la proposición y la confrontación con los problemas de cada comunidad (Fals, 1971, 89). Esto no significa que no se deban utilizar libros, jurisprudencias y teorías de otras partes del globo. Por el contrario, esa utilización es muy enriquecedora, como constata el caso *Lawrence v. Texas*¹ en el que la Corte Suprema de Estados Unidos, luego de efectuar un recorrido jurisprudencial de su país, se apoya en la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el caso *Dungeon v. United Kingdom*. La comparación entre fuentes del saber es inmensamente ilustrativa, y se deben manejar sin olvidar las peculiaridades del país donde se aplican.

* Rector de la Universidad Externado de Colombia, ex presidente y ex magistrado de la Corte Constitucional colombiana, doctor en Derecho de la Universidad Paris 2, Panthéon-Assas, [juan.henao@uexternado.edu.co]. Agradezco a Javier Francisco Arenas Ferro por su valiosa colaboración en la redacción y a Catherine Faivre por su traducción. Ambos recogieron mi participación oral en el Congreso “Rôle des Cours Suprêmes en matière économique”, realizado el 25 de enero de 2010 en París, con el auspicio de *Regulatory Law Review* y L’extenso éditions, y la coordinación académica de Mme. M. A. Frison-Roche. Para esta publicación revisé y actualicé esa versión, y agradezco al doctor Mauricio Pérez Salazar por sus valiosos aportes. Fecha de recepción: 30 de julio de 2013, fecha de modificación: 4 de octubre de 2013, fecha de aceptación: 22 de octubre de 2013. Sugerencia de citación: Henao P., J. C. “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional* 15, 29, 2013, pp. 67-102

¹ Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence v. Texas*, 123S. ct. 2472, 2003.

2. En Colombia se ha empezado a cuestionar las bases del Estado de Derecho, la división de poderes clásica, o mejor a revalorar la colaboración armónica entre poderes. Las políticas públicas, otro monopolio exclusivo del Legislativo y el Ejecutivo, tienden a ser impulsadas por la rama jurisdiccional, específicamente por las altas Cortes. El presente trabajo se sustenta en esta realidad, en este hecho irrefutable, y hace énfasis en la Corte Constitucional.

3. Para abordar el tema, en primer lugar se aclarará qué entendemos por política pública, para diferenciar las actuaciones de los jueces en esta materia y en otros campos. Luego se expondrán algunas razones por las que el juez constitucional ha sido llamado a intervenir en las políticas públicas y qué lo legitima para ello. Además se comentarán algunas de las críticas a esta transformación de la división de poderes y se mencionarán los límites que debe respetar la autoridad jurisdiccional para no abusar de sus facultades. Por último, se discutirán casos concretos de algunas de las políticas públicas impulsadas por la Corte Constitucional.

CONCEPTOS GENERALES

4. Es necesario diferenciar los conceptos de Estado y de política pública: el primero alude a un tipo de organización específica y el segundo a la actividad concreta, al quehacer del Estado. A pesar de su estrecha relación no son idénticos, y no se pueden comprender sin tener en cuenta cómo se relacionan. Por ello, la idea clásica de *monopolio simbólico y legítimo de la fuerza* no se puede entender *a priori*, sin considerar a los actores que intervienen y las formas específicas de intervención; lo que lleva al concepto de políticas públicas.

5. Partimos del concepto de Estado como institución que formaliza las reglas de juego en los ámbitos que pretende regular, bien sea a través de normas jurídicas o de actos administrativos. Esas reglas se establecen mediante redes de interacción y cooperación y flujos de información entre las organizaciones que componen el Estado (Roth, 2003, 19). Se trata entonces de un poder no individualizado, fruto de un acrecentamiento del poder central, mediante el cual la población es integrada siguiendo modalidades diferenciadas. De modo que incluye las nociones tradicionales de territorio, autoridad y población, pero va más allá de ellas (ibíd., 20), pues abarca las organizaciones que lo constituyen y sus interacciones para regular el ámbito que se pretende.

Este concepto no excluye los elementos clásicos del monopolio legítimo de la violencia física y simbólica y del control territorial, pero es necesario entender que solo existe Estado donde las reglas

de juego logran imponerse (ibíd., 23), lo que se logra mediante la interacción y la cooperación mencionadas, que dependen de los flujos de información.

El despliegue del Estado en su territorio enfrenta problemas en todo el mundo, a lo que llamamos déficit de implementación y actuación —p. ej., ineficacia, corrupción, clientelismo, etc.—, y que se relaciona con un tema que trataremos más adelante: la crisis de *gobernanza*. Dependiendo del grado o la gravedad de este déficit, el juez está llamado a intervenir para concretar los derechos humanos.

6. Antes de aclarar qué entendemos por política pública se debe indicar que en castellano no existe una diferenciación semántica en torno a la palabra política, como en inglés. En castellano se emplea la misma palabra para diferenciar tres actividades para las que en inglés se usan vocablos diferentes: *polity*, el ámbito del gobierno de las sociedades humanas; *politics*, la organización y la lucha por el poder; y *policy*, los propósitos y programas de las autoridades públicas (ibíd., 25–26). Aunque las tres se relacionan, este escrito se centra en la tercera.

7. Por políticas públicas entendemos el programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado. Son, por ende, los medios que usa para modificar comportamientos específicos mediante el cambio de reglas operantes hasta el momento (ibíd., 19). Pero no toda acción de una organización estatal es necesariamente una *policy*.

Según André Roth, una política pública se caracteriza por cuatro elementos: (i) intervención de una institución pública; (ii) percepción de una situación problemática o socialmente relevante; (iii) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable, y (iv) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas.

Es posible decir que una política pública existe siempre y cuando instituciones estatales asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar objetivos estimados como deseables o necesarios, por medio de un proceso destinado a cambiar un estado de cosas percibido como problemático (ibíd., 27).

Para este profesor, una política pública es entonces:

un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática (ibíd.).

La política pública, a su vez, genera consecuencias o reacciones; toda política pública acarrea nuevas situaciones que se pueden considerar problemáticas. Por ello son de suma importancia la evaluación y el

flujo de información entre las organizaciones que conforman el Estado. Es importante recalcar que en las instituciones actúan personas –actores– y que los destinatarios de las políticas son a su vez personas, directa o indirectamente. Por tanto, se trata de acciones impulsadas por intereses de grupos específicos que pueden beneficiar o perjudicar a ese grupo o a otros.

8. Ahora bien, hay que delimitar el campo de las políticas públicas, pues de ello depende su existencia en concreto. Por ejemplo, lo social, lo económico o lo ambiental. Así, puede existir una política pública social, una económica o una ambiental, con objetivos diferentes –no necesariamente contradictorios– ante problemáticas concretas o situaciones sociales relevantes específicas.

Es preciso reconocer que en muchos casos es difícil precisar el campo específico de acción del Estado. ¿Dónde empieza la política ambiental y dónde la agropecuaria? Así mismo, las consecuencias de la política pública pueden llegar a otros campos y causar situaciones problemáticas. Piénsese, por ejemplo, en las consecuencias de la política económica para una vivienda digna, durante la crisis económica de 1998, cuando el Banco de la República elevó las tasas de interés y muchos deudores de créditos hipotecarios perdieron sus inmuebles (Pérez S., 2007, 834-837); o en las consecuencias de la política de apertura para el trabajo y el ambiente sano, como en el caso de la política minera que permite a multinacionales como la Anglo Gold Ashanti explotar yacimientos de oro en reservas forestales y acuíferos del Tolima (*El Espectador*, 2009).

9. Compartimos la visión de Roth, quien plantea que las políticas públicas se pueden analizar desde varios enfoques. Según uno de ellos, el *Advocacy Coalitions*, la comunidad política, compuesta por actores que comparten ciertos valores, interactúa con otras y compete por definir la actuación del Estado para solucionar o manejar una situación relevante para estos grupos (Roth, 2003, 36). Se parte de una visión horizontal, con matices, del Estado y la sociedad, y de un entramado de relaciones entre lo público y lo privado, y se deja de lado la visión unidireccional y vertical del Estado y la sociedad (ibíd., 31-32). Esto tiene especial importancia pues, como veremos, permite entender por qué las demandas de inconstitucionalidad y las acciones de tutela, promovidas por diversos actores, hacen posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas y que esas personas agencien asuntos políticos mediante su participación.

LOS HECHOS INELUCTABLES: EL JUEZ COMO GESTOR DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

10. Las condiciones sociales han llevado a que el juez constitucional colombiano se constituya en actor de las políticas públicas, pero, ¿por qué ha sucedido? La *gobernanza*, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis (Sierra, 2009, 11). No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano de gran envergadura.

Esto indica que no basta la gobernabilidad, entendida como el apoyo político necesario para gobernar (ibíd.), para transformar una situación problemática o socialmente relevante, solucionándola o haciéndola más llevadera. El Estado no es hoy suficientemente efectivo, administrativa, jurídica y financieramente, para garantizar los derechos fundamentales de las personas, y falta a las obligaciones contempladas en el artículo 2° del Texto Fundamental, que los consagra como fines en los siguientes términos: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

11. Un ejemplo de ello es el *estado de cosas inconstitucional*, aún no superado, por causa del desplazamiento forzado. Esta figura se ha entendido, como se explicará más adelante, como una situación generalizada y masiva de transgresiones a los derechos fundamentales, donde se evidencia una prolongada omisión de las autoridades públicas llamadas a superar tal estado.

12. Hay otro elemento de esta crisis de *gobernanza*, que se suma a la insatisfacción de los derechos fundamentales y a la concentración ineficiente del poder en un órgano del Estado: el incumplimiento del desarrollo de la Carta, cuyas cláusulas programáticas sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales han sido letra muerta durante muchos años. Una situación que viene de gobiernos anteriores y que tampoco ha sido superada hasta el momento.

El ideario no ha sido desarrollado por las leyes que emanan del Congreso ni por los actos y decretos del Ejecutivo, y se desconocen mandatos de la Carta Política acordados desde 1991, que reflejan la voluntad del constituyente primario. De hecho, en muchos casos, las

normas expedidas por el Legislativo han sido contrarias a los postulados constitucionales, incluidas las que han pretendido reformar la Carta².

Con respecto a este problema y a la intervención de la Corte por la falta de desarrollo de las normas imperativas a nivel constitucional, Manuel José Cepeda, ex magistrado de ese tribunal, indicó que la Corte se constituyó como órgano encargado de preservar el orden constituyente y “mantener un consenso en torno a los valores centrales que caracterizaron el momento constituyente” (Cepeda, 2001, 526), pues las fuerzas políticas que vieron nacer la Constitución no en todos los casos siguen representadas en el Congreso. Esto implica, en la práctica, un vacío de poder en el desarrollo de políticas públicas acordes con la Carta.

13. Concatenadas a lo anterior, las fallas en los procesos decisorios o los problemas derivados de ellas, que restan legitimidad por el incumplimiento del Estatuto Fundamental, han convertido a la Corte en un foro donde también se toman decisiones de política pública. Por ende, “[a pesar de que se] dice que la Corte Constitucional no puede participar en la construcción de las políticas públicas [...] es inevitable que el juez constitucional, por la naturaleza de su función participe, pero lo hace como juez” (ibíd., 527-528). Por ello, la así llamada intervención de los jueces en política y, por ende, su papel en el sistema político³, que se ha denominado “justicia-política”, no se debe tanto a una ambigua politización, sino al carácter de los asuntos que conocen. “Así, la importancia política actual de las intervenciones judiciales se derivaría, más bien, del creciente involucramiento de la jurisdicción en los conflictos sociales o en temas políticos y sociales no resueltos (o mal afrontados) en su debido nivel político general” (Becker, 2001, 499-515). En este sentido, son particularmente interesantes

² En 2008 se promulgó el Acto Legislativo 01 de 2008, de reforma a la Constitución, que contemplaba la inscripción en carrera administrativa, en forma extraordinaria y sin necesidad de concurso público, de los servidores públicos que en la fecha de promulgación de la Ley 909 de 2004 ocupaban dichos cargos. Y disponía la suspensión de todos los trámites relacionados con los concursos públicos que se estaban adelantando para cubrir los puestos ocupados por provisionales. Mediante la sentencia C-588 de 2009, la Corte Constitucional declaró inexecutable la totalidad de este acto legislativo por vicios de competencia; toda vez que sustituía la Carta al ir contra sus principios y valores, como la carrera administrativa, el mérito y el concurso para ingresar o ascender. El legislador, órgano fundamental durante el trámite de un acto legislativo, antes que desarrollar la Carta intentó sustituirla; lo que es ejemplo del déficit de implementación.

³ Por sistema político entendemos las relaciones entre grupos sociales y entre estos y las organizaciones que conforman el Estado. Por tanto, es un concepto diferente del de régimen político –aunque lo incluye–, que solo se refiere a las relaciones entre instituciones estatales.

y polémicas las afirmaciones de María Mercedes Cuéllar, presidente de la asociación de entidades financieras colombianas, cuando dijo: “Hoy por hoy, el manejo de la política económica ya no está a cargo del Banco de la República, ni del Gobierno, ni del Congreso. Está a cargo de la Corte Constitucional, y en especial de sus asesores”⁴. Lo anterior concuerda con el enfoque de *Advocacy Coalitions* que ya mencionamos.

Esa participación se origina en las demandas de tutela o de constitucionalidad y, en consecuencia, impone un límite a la intervención de las autoridades jurisdiccionales en las políticas públicas, pues estas solo actúan por fallas de otras instancias contra las que se interponen las acciones pertinentes. Por ello, se debe valorar la participación ciudadana mediante los recursos judiciales, pues sin ella los intereses de muchos ciudadanos quedarían insatisfechos porque no tienen suficiente representación política en el Congreso. Un ejemplo son los grupos de LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales), quienes han visto truncados sus derechos por la omisión del legislador, a pesar del mandato constitucional de igualdad⁵. Se trata entonces de la participación política de una comunidad que exige el cumplimiento de acuerdos fijados en la Constitución que se incumplen debido al déficit de implementación.

⁴ Cuéllar (2000, 101), citada por Pérez S. (2007).

⁵ Un ejemplo es la falta de regulación de los efectos jurídicos de la convivencia de parejas del mismo sexo, que han acudido a la Corte Constitucional para que se pronuncie por la transgresión de sus derechos fundamentales. Así, han dado origen a pronunciamientos como la sentencia C-029 de 2009 que, en la parte resolutive, declaró exequible la expresión “cónyuge” contenida en el numeral 1° del artículo 411 del Código Civil, en el entendido de que cubre a las parejas del mismo sexo que se hayan acogido a la Ley 54 de 1990. Así mismo, declaró exequibles las expresiones “compañero o compañera permanente” y “compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años” contenidas en el artículo 4° de la Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999 y el artículo 12 de la Ley 258 de 1996. Las expresiones anteriores tienen, entre otros, importantes efectos de salvaguardia patrimonial, así como relevancia en el campo de la seguridad social. También debemos mencionar la sentencia C-577/11 en la que el juez declaró la constitucionalidad del artículo 113 del Código Civil, pero exhortó al Congreso “para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”. Ante la omisión del legislador en proferir la ley, esa problemática será resuelta, en última instancia, por la Corte Constitucional, que habrá de decidir, por la vía de las acciones de tutela, la manera concreta de superar el déficit de protección que se señaló en la sentencia C-577/11, en el entendido de que supone la aplicación del principio de igualdad. Vale la pena mencionar también el reciente fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *U.S. v. Windsor* sobre el mismo tema [http://www2.bloomberglaw.com/public/desktop/document/United_States_v_Windsor_No_12307_2013_BL_168683_US_June_26_2013_C/1].

14. En suma, como indicó en su momento Vladimiro Naranjo Mesa, hoy ex magistrado de la Corte Constitucional, es necesario recalcar que “las sentencias de un tribunal constitucional tienen, por su propia naturaleza, una enorme e insoslayable incidencia política” (2001, 489-497) y que, en razón del déficit mencionado, la población acude al juez constitucional para superarlo o, al menos, hacerlo más llevadero. Esto se relaciona con la visión horizontal con matices entre el Estado y la sociedad a la que ya hicimos referencia. ¿Qué tan legítimo es esto en el modelo democrático?

LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

15. Muchas razones sustentan la legitimidad de la autoridad judicial constitucional para intervenir en las políticas públicas ante el déficit mencionado. En primer lugar, el juez constitucional tiene la obligación de velar por la materialización de la Carta, que no solo es un referente imperativo jurídico sino también político: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (art. 241). Por ende, el tribunal constitucional juega un rol en el sistema jurídico-político: preservar la vigencia de la Constitución y controlar que así se haga en cada acción del Estado. Se trata incluso de

asegurar que las políticas de desarrollo no encuentren contradicción con los principios fundamentales de los derechos humanos, como la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y, entre otros, la no discriminación, y que además se promuevan acciones afirmativas tendientes a garantizar los derechos de la población [...] Expresado en otros términos, se trata de asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseñan e implementan (Pérez M., 2007, 79-80).

En Colombia, la injerencia de la autoridad judicial en el desarrollo de la Carta se denomina *neoconstitucionalismo* (Sierra, 2009, 15).

16. Para observar su operación práctica y concreta se debe recordar que la eficacia de un derecho depende de su exigibilidad. En su aspecto activo, un derecho se entiende como la situación donde un titular goza y dispone de él; y en su aspecto pasivo, como la posibilidad de reclamar su reparación en caso de afectación ilegítima o renuencia del deudor a satisfacerlo. Así se explica en el campo de las obligaciones jurídicas y de la responsabilidad civil.

17. Retomando al maestro Fernando Hinestrosa, se puede afirmar:

En la obligación se tienen siempre dos sujetos, el activo y el pasivo, relacionados entre sí; cualesquiera personas, pero siempre determinadas, por tarde al momento en que haya de realizarse el cumplimiento; un objeto, la prestación, también determinado; y un contenido, el propio de la relación obligatoria en

general, según la índole de la prestación, y el específico, emanado de la fuente que le dio origen, que concreta y singulariza el vínculo entre las partes. Estos [son] los elementos constantes e invariables de la relación crediticia (2002, 58).

Así las cosas, se puede afirmar que las políticas públicas son una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales. Son, por tanto, un mecanismo para el cumplimiento progresivo del goce efectivo de los derechos humanos, y suponen instrumentos de exigibilidad que permiten a cada ciudadano el ejercicio legítimo ante las acciones u omisiones estatales: “concretan lo que un Estado o una sociedad considera de interés público o de interés general. Son el enlace entre el Estado, la sociedad y el ciudadano” (Roth, 2006, 64).

En este orden de ideas, ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos–, el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentre que son infringidos. Como dice el mismo maestro Hinestrosa, el elemento coercitivo implícito en la obligación jurídica conlleva que “si el deudor incumple, el acreedor está insatisfecho, su derecho ha sido vulnerado por quien debía atenderlo y, por tanto, incurre en responsabilidad [...] término con el que se señala la posibilidad que tiene el acreedor, una vez establecida la renuencia del obligado al pago, de exigir coercitivamente la prestación específica determinada en el título” (2002, 72 y 78). ¿Cuáles son las facultades del juez frente al restablecimiento? ¿Qué puede disponer? Abordamos estas preguntas más adelante.

18. Por otra parte, hoy la democracia no se entiende exclusivamente como el mandato de las mayorías electorales sino, además, como un límite al poder que exige cumplir los imperativos definidos por el constituyente. Puesto que el constituyente primario –único soberano– plasmó en la Carta los principios y valores que ha de consolidar el Estado Social de Derecho, la Corte está llamada a actuar, dentro de sus competencias, para hacer cumplir esas exigencias inexcusables.

19. En segundo lugar, existe un imperativo de orden internacional que obliga a todos los Estados a adoptar y desplegar recursos efectivos para hacer cumplir los derechos. El artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispuso que “Cada uno de los Estados partes [...] se compromete a adoptar las medidas [...] especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas

legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Por ello, si un Estado incumple, el juez tiene la obligación de imponerle mandatos para subsanar la omisión.

20. En tercer lugar, es necesario indicar que como poder constituido las cortes también poseen legitimidad, otorgada por la Constitución. Esto implica que, en cumplimiento de sus funciones, la obligación del juez es garantizar el goce pleno de los derechos; la Carta así se lo impone y la legitima para actuar en cumplimiento de ese fin, junto con diversas normas del ordenamiento jurídico. Cuando la autoridad judicial actúa así, solo cumple su misión. En lo referente a la acción popular⁶, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos sobre este punto⁷:

Preocupa al recurrente el hecho de que por medio de una acción popular puedan reformarse los planes de desarrollo cuya formulación, por cierto, no es competencia del poder judicial. La Sala encuentra infundado el temor del apelante por las razones que se expondrán a continuación.

Es importante resaltar que, sobre todo en tratándose de garantizar derechos sociales, y en ejercicio de potestades como la adjudicada al juez por el constituyente de 1991 y por medio de la Ley 472 de 1998, *la obligación de la Jurisdicción es asegurar a los titulares de tales derechos su pleno goce*, pero, además, consiste en señalar las violaciones, pues con ello, si bien es cierto y sabido por todos que “el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal” (Ferrajoli 2002, 13), también lo es que esa declaración produce importantes efectos jurídicos, “que pueden ir desde la imposición de la obligación de la concreta prestación, cuando ésta está predeterminada por la ley, pasando por la puesta en mora de los órganos incumplidores, hasta la simple requisitoria, en una suerte de diálogo institucional idóneo cuando menos para deslegitimar la inercia y estimular la intervención” (ibíd.).

No se trata, entonces, de que el juez popular asuma funciones propias de las otras ramas del poder público, sino de que, en cumplimiento de su obligación de garantía de los derechos, asegure a sus titulares que las instituciones estatales que les deben su prestación, protección o promoción, han sido requeridas para que cumplan sus obligaciones (cursivas del autor).

21. De hecho, al tomar este tipo de determinaciones ante el déficit del Estado, el juez popular ha adquirido una legitimidad social que no se manifiesta en las urnas sino en el hecho de que las reformas que se han intentado contra el poder de las cortes no han prosperado

⁶ Desde el siglo XIX, en el derecho colombiano existe una acción judicial poco conocida en derecho comparado: la acción popular, que legitima a cualquier persona para demandar ante el juez la protección de derechos colectivos como el ambiente sano, el patrimonio público y el acceso a servicios públicos, entre otros. Esta acción, elevada a nivel constitucional por el artículo 88 de la Carta, y desarrollada por la Ley 472 de 1998, permite al juez ordenar que cese la violación al derecho, que se tomen medidas activas o pasivas para que sea respetado, y que se indemnice pecuniariamente cuando hubiere lugar.

⁷ Consejo de Estado colombiano, 7 de noviembre de 2002.

en el Congreso. ¿Hasta dónde puede actuar el juez en esta misión, es decir, cuál es la frontera de su poder de injunción? Este es el tema que abordamos a continuación.

LÍMITES A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

22. El papel del juez constitucional en el sistema político “depende menos del lugar formal que le haya sido asignado y más del contenido sustancial de todo el texto constitucional y de la voluntad de sus miembros de cumplir la enaltecida pero ingrata responsabilidad de decirle, cuando la defensa de unos principios así lo exige, no al poder” (Cepeda, 2001, 521-522). En este sentido, teniendo en cuenta las teorías del derecho y los necesarios límites que ha de tener la voluntad subjetiva del juez, lo cierto es que sus convicciones políticas y éticas influyen –de una u otra forma– en la decisión y las órdenes que emitirá. En otras palabras, la injerencia o no de las altas Cortes en el ámbito de las políticas públicas depende más de la postura del juez frente a su misión que de reglas formales⁸.

23. No se puede pretermitir, como mostraremos en los ejemplos que siguen, que el juez constitucional colombiano ha actuado ante ciertos vacíos de poder, que recaen en la falta de satisfacción del contenido obligacional de los derechos; la cual se presenta cuando las autoridades estatales –primeras obligadas a afrontar una situación socialmente relevante– se abstienen de hacerlo o lo hacen en forma precaria e inefectiva. Es entonces ante esa crisis de *gobernanza* y ese déficit de implementación que la Corte ha sido llamada a intervenir. Esto tiene repercusiones importantes, entre ellas los límites que la autoridad judicial constitucional debe respetar: en su injerencia en las políticas públicas debe actuar como juez. Por ende, sin desconocer otras disciplinas –como la economía, la ecología o la ciencia política,

⁸ Sobre este punto, es interesante comparar las diferencias ideológicas entre dos de los autores citados, ambos ex magistrados de la Corte Constitucional. Manuel José Cepeda aboga por un papel activo del juez, y plantea que puede ser una garantía de un régimen constitucional pluralista y garante de las libertades y derechos fundamentales: “Otra manera de abordar el problema del rol del juez constitucional en una democracia constitucional, consiste en observar las materias en las cuales la intervención judicial cumple una función encomiable dentro del sistema político”, una de las cuales es “la protección a ultranza de las libertades participativas en las que se funda el juego democrático” (Cepeda, 2001, 530-531). En cambio, Vladimiro Naranjo considera negativa la injerencia de los tribunales en las decisiones políticas: “¿Tienen, o deben tener, los tribunales constitucionales injerencia en decisiones políticas dentro de la organización estatal? O mejor, ¿deben los tribunales constitucionales jugar un papel protagónico dentro del sistema político del Estado? En mi sentir, la respuesta a las anteriores formulaciones no puede ni debe inmiscuirse en la órbita de competencia propia de los demás órganos del Estado” (Naranjo, 2001, 492).

con las cuales debe haber un diálogo necesario— sus decisiones deben ser adoptadas en Derecho, es decir, aplicando el ordenamiento jurídico que lo rige⁹.

24. Uno de los límites del juez es su propia competencia. En nuestro sistema jurídico, la autoridad judicial solo puede intervenir una vez sea llamada a pronunciarse sobre una situación jurídica específica, bien sea para resolverla o como órgano de consulta. En otras palabras, se trata de una justicia *rogada*, relacionada con el enfoque de *Advocacy Coalitions*. En el primer caso, opera luego del ejercicio de las acciones existentes, en interés particular —*petición para sí*— o en interés del colectivo —*petición para el colectivo*—. Esto, a su vez, tiene relación con la destinación y apropiación individual de las reparaciones que distinguen cada acción, así como con las posibles órdenes que puede dar la autoridad judicial para reparar el daño (Henao, 2005, 485-551).

Un ejemplo ilustrativo es el de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), cuyo desarrollo está ligado a las políticas públicas y una de cuyas particularidades es que pueden ser defendidos a través de peticiones tanto para sí como para el colectivo. En ambos casos, cuando se acude al juez se trata de identificar si el Estado o los particulares han incumplido obligaciones jurídicas que nacen de actos de gestión. En las peticiones para el colectivo, la defensa de estos derechos implica indemnizaciones que no son individualmente apropiables¹⁰. La acción pública de inconstitucionalidad es un ejemplo

⁹ En la interpretación judicial, materia que sin duda se relaciona con el papel del juez en la sociedad, existen escuelas intermedias según las cuales, a pesar de que no se puede eliminar el acto de voluntad del juez que da origen a la sentencia, este debe cumplir “determinadas reglas” para que su decisión siga siendo jurídica. Para mencionar solo a dos autores, Hart y Kelsen plantean que la voluntad es un elemento inescindible de la función judicial, pero limitado por el ordenamiento jurídico. Hart arguye que hay una zona de penumbra en los casos difíciles, donde la autoridad judicial no se aferra rígidamente a la regla que en principio pretende aplicar. Por su parte, Kelsen considera imposible derivar en forma deductiva una sentencia de una norma, pues se trata de una decisión, a la que solo se llega por mediación de la voluntad humana. Esto no significa que uno y otro autor defiendan la arbitrariedad judicial. Por el contrario, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico señalan que la autoridad judicial está limitada por los criterios de validez al momento de decidir, esto es, la sentencia debe corresponder a una norma jerárquicamente superior. Un ejemplo sería la norma que otorga al juez la competencia para referirse a determinado asunto. En otras palabras, por más que exista y sea muy relevante la voluntad del juez al momento de decidir, está sometido, como todo servidor público, a un ordenamiento jurídico del que depende la validez de su sentencia. Ver al respecto Uprimny y Rodríguez (2008, 31-33).

¹⁰ En este escrito entendemos las indemnizaciones en sentido amplio, es decir que sobrepasan la clásica idea de que solo pueden ser pecuniarias. Pueden tener muchas formas, entre ellas *in natura* o simbólicas. Respetando siempre la prohibición de doble indemnización.

de ello, pues si una norma se declara inexecutable, como fue el caso del UPAC, que fijaba las reglas de financiación de la vivienda¹¹, el respeto a la Constitución favorece a todas las personas que viven en el territorio colombiano. En cambio, la acción de tutela es un claro ejemplo de petición para sí, que a pesar de todo puede terminar favoreciendo a un colectivo, aunque la indemnización solo sea apropiable por el individuo.

25. Ante las opciones descritas, el juez tiene varias formas de ordenar el respeto de los derechos, lo que revive la polémica sobre su injerencia en las políticas públicas y sobre el acatamiento a la división de poderes. Cabe recordar que el juez actúa exclusivamente con base en normas dictadas por el legislativo o el ejecutivo, y está investido para –en las hipótesis normativas antedichas– ordenar a las otras ramas que honren determinadas obligaciones de hacer y, dado el caso, para sustituirlas en su cumplimiento¹².

ALGUNAS CRÍTICAS A LA INJERENCIA DEL JUEZ EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

26. Igual que en materia económica, una de las principales críticas es la falta de idoneidad de la autoridad judicial para pronunciarse sobre ciertas materias. Esa observación es cierta, pues las autoridades judiciales –doctas en determinadas materias– no pueden saberlo todo. Pero es una dificultad superable, para ello existen los peritos, que ilustran al juez y lo ayudan a resolver tales situaciones.

27. Una segunda crítica es que la autoridad judicial carece de fundamento democrático para tomar y adoptar tales decisiones, fundamento que sí tendrían el Legislador y el Ejecutivo. Pero, como demostramos antes, la Constitución y otras normas del ordenamiento

¹¹ Ver las sentencias C-700 de 1999 y C-383 de 1999.

¹² Un primer ejemplo es el artículo 27 del Decreto Ley 2651 de 1991, que regula la acción de tutela y señala que si la autoridad responsable del agravio no cumple lo ordenado en el fallo de amparo dentro de las 48 horas siguientes de ser proferido, “el juez se dirigirá al superior responsable y le requerirá para que lo haga”; pero si la renuencia persiste, “adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo”. El segundo ejemplo es el artículo 25 de la Ley 393 de 1997, que reglamenta la acción de cumplimiento. Dicha norma dispone lo siguiente: “En firme el fallo que ordena el cumplimiento del deber omitido, la autoridad renuente deberá cumplirlo sin demora. Si no lo hiciera dentro del plazo definido en la sentencia, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir [...] Pasados 5 días ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y *adoptará directamente todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento del mismo*” (cursivas del autor). Como se observa, no se trata de una intromisión indebida de la autoridad judicial en la esfera de otros poderes públicos. Por el contrario, solo interviene cuando los primeros obligados son renuentes a brindar la prestación que les exige la Constitución.

jurídico otorgan al juez constitucional tal facultad; y ante la renuencia de los demás poderes estatales a cumplir con la materialización de los derechos humanos, él está llamado a intervenir. No sobra recordar que todos los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos, luego de un procedimiento complejo, por el Senado, que “unge” así de poder democrático a los elegidos.

28. Una tercera crítica es que desincentiva la participación política de los ciudadanos. Pero, como ya mencionamos, la interposición de acciones de tutela y de acciones públicas de inconstitucionalidad ha permitido que grupos sociales que no logran representación política en el Legislativo o el Ejecutivo vean materializados sus derechos, que si bien están contemplados en la Carta no han sido desarrollados por las primeras entidades llamadas a hacerlo. Esa pretensión no es entonces cierta por completo. Con todo, el uso del derecho como mecanismo para presionar la ejecución de políticas públicas que materialicen las obligaciones del Estado no debe pretermitir otras posibilidades de participación política, como las manifestaciones públicas, las huelgas o las elecciones.

29. Una cuarta crítica es que las decisiones judiciales no son necesariamente favorables para todas las personas, pues el juez también se equivoca. Esta última objeción suscita gran polémica, pues se ha de determinar —en primer lugar— qué se entiende por favorable, más aún si se tiene en cuenta la obligación de toda autoridad judicial de decidir en derecho. Un ejemplo ilustrativo, en la materialización de los DESC, ocurrió en Estados Unidos a comienzos del siglo pasado en el caso *Lochner v. New York*, donde se anularon leyes que establecían salarios mínimos o jornadas máximas de trabajo, invocando el principio de libertad contractual.

Desde una perspectiva se puede considerar que la decisión favoreció el modelo económico específico de uno de los países con mayor fortaleza en esta materia; desde otra, se puede colegir que afectó las pretensiones laborales y la calidad de vida de muchos trabajadores y trabajadoras que finalmente no se vieron favorecidos por las ganancias de sus patronos.

Para ilustrar la polémica que puede generar esta clase de fallos, cabe citar la reciente sentencia C-258/13, donde la Corte estudió la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 4 de 1992 sobre un régimen especial de pensiones para ciertas personas. Al declarar inconstitucional ese régimen preferencial, consideró que se violaba el principio de igualdad, se creaba una desproporción manifiesta frente a otros pensionados y una absoluta falta de correspondencia entre el

valor de las pensiones y las cotizaciones, que se pagaban con recursos públicos, lo cual contrariaba los postulados del Estado Social de Derecho.

Si bien, entonces, no es equivocado decir que los jueces pueden errar –igual que se puede decir de cualquier persona o institución–, lo cierto es que la validez o no de dicha afirmación depende de la posición que tenga el destinatario de la decisión. Por ello es tan importante el escrutinio público de las providencias y la confrontación con la comunidad académica. Lo que no se puede aceptar es que, por una falla inevitable en toda actividad humana, se impida que un actor relevante en la consolidación de los derechos humanos cumpla su deber. Así las cosas, si bien es posible equivocarse, ello no es excusa para evitar que la autoridad se pronuncie. ¿Acaso el Legislativo o el Ejecutivo no pueden cometer yerros? Sin embargo, esto lleva a reiterar que el juez debe ser el primero en limitarse, en forma responsable, a sí mismo. Por tanto, debe respetar las barreras de su propia competencia con juicio crítico, obedecer las normas del ordenamiento jurídico y decidir siempre con el fin de hacer cumplir los derechos.

EJEMPLOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS ORDENADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

30. Como ya señalé, el juez constitucional ha sido llamado a intervenir ante la transgresión de los derechos fundamentales de las personas por la falta de desarrollo de políticas públicas o por su deficiente o tardía implementación. En Colombia, esto ocurre principalmente a través de acciones de tutela¹³ y acciones públicas de inconstitucionalidad¹⁴. Aquí menciono algunos ejemplos que ilustran la participación de la autoridad judicial en la elaboración de este tipo de políticas. Pero, para entender mejor esta parte, debo exponer rápidamente los elementos primordiales del sistema constitucional colombiano en cuanto a la competencia del tribunal constitucional.

La Carta impuso a la Corte Constitucional dos deberes para cumplir su obligación de guardar la integridad y la supremacía de la Constitución: primero, juzgar la constitucionalidad de normas tales

¹³ La acción de tutela, consagrada por el constituyente de 1991 en el artículo 86 de la Carta, tiene por objeto brindar a toda persona la posibilidad de recurrir a cualquier juez de la República cuando sus derechos fundamentales se vean amenazados o conculcados por acciones u omisiones de autoridades públicas y de particulares ante quienes se halle en estado de subordinación o indefensión; una característica central es que se trata de una acción informal, preferente y sumaria, y en primera instancia no pueden transcurrir más de diez días entre la solicitud y la resolución del problema iusfundamental.

¹⁴ Ver el párrafo 30.3 de este escrito.

como leyes o decretos con fuerza de ley, y, segundo, unificar la jurisprudencia de las decisiones judiciales relacionadas con la tutela de los derechos constitucionales. En lo que concierne a la constitucionalidad de las leyes, existen tres tipos de control.

30.1. El primero es el control previo, que opera antes de promulgar la norma jurídica. Un mecanismo concebido para la entrada en vigencia de los tratados internacionales, para los casos en que el Congreso y el Ejecutivo están en desacuerdo sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, para las leyes que convocan a un referendo y para las leyes estatutarias¹⁵. En estos casos el proyecto de ley se envía a la Corte antes de su entrada en vigencia para que se pronuncie. Un ejemplo de un caso de desacuerdo entre el Congreso y el Ejecutivo fue la sentencia C-662 de 2009, tras las objeciones presidenciales al proyecto de Ley 312 de 2008 del Senado y 90 de 2007 de la Cámara, que establecía acciones para la atención integral del cáncer.

Para sustentar su posición, el Gobierno consideró que el proyecto de ley, por tratar de un derecho fundamental, se debió haber tramitado siguiendo los procedimientos de una ley estatutaria. Además, manifestó que afectaba la integralidad del sistema de salud, ya que regulaba una materia específica por fuera de las normas existentes (Ley 100 de 1993 y Ley 1122 de 2007) y como si se tratara de un tema excepcional, cuando su contenido se relacionaba con este derecho. Así mismo, consideró que, de ser aprobado, generaría un gasto presupuestal que afectaría la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), pues acarrearía prestaciones excluidas del Plan Obligatorio¹⁶, que son muy onerosas.

En esa oportunidad, la Corte determinó que el proyecto de ley era exequible y las objeciones presidenciales eran infundadas. Para ello argumentó, en primer lugar, que aun cuando versara sobre el derecho a la salud –un derecho fundamental– no todas las normas que lo regulen deben ser leyes estatutarias. Solo aquellas materias que traten aspectos del núcleo esencial del derecho, como las restricciones o prohibiciones, deben seguir dicho trámite. Puesto que el proyecto de ley solo desarrollaba estrategias para el tratamiento

¹⁵ Estas leyes requieren un procedimiento especial: se necesita la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y el trámite en una sola legislatura, período durante el que se reúne el legislativo por derecho propio conforme al artículo 138 de la Carta. Las leyes estatutarias deben regular materias específicas de especial relevancia en el ordenamiento jurídico, entre ellas los derechos y deberes fundamentales, la administración de justicia, el régimen de los partidos políticos, los mecanismos de participación ciudadana, los estados de excepción y la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República.

¹⁶ La concepción de Plan Obligatorio de Salud se trata en el numeral 40.

eficaz e integral del cáncer y no se pronunciaba sobre el núcleo esencial del derecho fundamental, no debía seguir el trámite de las leyes estatutarias.

En segundo lugar, señaló que el proyecto de ley no afectaba la integralidad del sistema, pues era un desarrollo posterior mediante una nueva norma, de competencia del Congreso, para fijar los parámetros del SGSSS. Así las cosas, no era una disposición por fuera de las anteriores, sino una complementación según las necesidades del desarrollo del sistema. En tercer lugar –un punto esencial en este escrito sobre políticas públicas– la Corte consideró que el proyecto de ley efectivamente involucraba gasto público, pero que el Congreso, consciente de ello, dispuso un modelo de financiación para hacer frente al impacto fiscal.

Por otra parte, es evidente que la aprobación de un tratado internacional puede incidir en la elaboración y en el desarrollo de políticas públicas, o llevar a modificar las que se estén ejecutando después de evaluaciones pertinentes. Un ejemplo paradigmático de ello fue la aprobación de la Ley 1196 de 2008, por medio de la cual se aprobaron el “Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes” acordado en Estocolmo el 22 de mayo de 2001, la “Corrección al artículo 1° del texto original en español” del 21 de febrero de 2003, y el “Anexo G al Convenio de Estocolmo” del 6 de mayo de 2005.

El análisis previo de constitucionalidad se concretó en la sentencia C-944 de 2008 y determinó que los instrumentos internacionales y su ley aprobatoria se ajustaban a la Carta. Estas normas son relevantes para las políticas ambientales, ya que desarrollan preceptos de iniciativa global, contenidos en la Constitución, encaminados a la precaución en materia ambiental, y, por ende, a preservar la salud humana y el ambiente sano ante los peligros que puedan ocasionar contaminantes orgánicos persistentes, que son sustancias con propiedades tóxicas resistentes a la degradación que se acumulan en el ambiente y pueden ser transportadas por el aire, el agua y las especies migratorias¹⁷. Entre las medidas que los Estados signatarios han de adoptar y que hacen parte de las políticas públicas se encuentra la prohibición de producir, importar o exportar estos productos, así como su utilización, salvo las excepciones contenidas en estos convenios.

En cuanto a las leyes estatutarias o las que convocan a referendos, no se puede excluir a priori su posible influencia en las políticas públicas. Lo cierto es que hasta el momento no hay evidencia de tal

¹⁷ Un ejemplo es el endosulfán, que se usa como insecticida agrícola.

influencia en Colombia, y aquí no se comentan estos temas ni se dan ejemplos a ese respecto¹⁸.

30.2. El segundo control de constitucionalidad de las leyes es el automático, que opera después de la promulgación de decretos legislativos producto de estados de excepción, es decir, expedidos en situaciones de tal gravedad que se requiere conferir poderes especiales al Ejecutivo. El Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, declara esa situación de calamidad en caso de una guerra exterior, una grave perturbación del orden público que amenace la estabilidad institucional o afecte el orden económico, social y ecológico del país. Un ejemplo fue la sentencia C-135 de 2009, mediante la cual la Corte revisó la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008, que declaró el estado de emergencia social debido a las masivas captaciones de dinero no autorizadas de ese año que coloquialmente se denominaron “pirámides”.

En esa ocasión, la Corte consideró que la norma se ajustaba a la Carta, pues su objeto era conjurar la crisis causada por la captación masiva de dineros con promesas de altísimas ganancias. La Corte constató que era necesario adoptar medidas ante la proliferación del recaudo masivo de dinero del público, sin autorización estatal, en gran parte del territorio nacional. Así mismo, evidenció que los inexplicables beneficios que esas empresas prometían a los usuarios conllevaban un riesgo y generaban falsas expectativas. Era entonces menester adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y otras medidas para recuperar y restituir los depósitos, cuya pérdida comprometió la situación económica de muchas familias. Debido a la declaratoria de exequibilidad del estado de excepción, el Ejecutivo pudo intervenir rápidamente las empresas captadoras e iniciar procedimientos para devolver el dinero depositado a miles de familias. Se trató entonces del inicio de una política pública, ya que se diagnosticó una situación socialmente relevante y se diseñaron y tomaron medidas para solventarla.

También es dicente la sentencia C-216/11, que declaró inconstitucional el Decreto 020 de 2011 que abría un nuevo término al estado de emergencia económica, social y ecológica en razón de grave calamidad pública, establecido por el Decreto 4580 de 2010 ante las graves inundaciones provocadas por el fenómeno climático de “La Niña”. Cabe señalar que con la declaratoria de inconstitucionalidad, algunos aspectos que no se desarrollaron en la primera emergencia

¹⁸ No obstante, se puede consultar la importante sentencia C-141/10, donde la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo para la segunda reelección del presidente Álvaro Uribe Vélez.

económica tampoco fueron desarrollados con estos poderes excepcionales, además de que se impidió la venta de un porcentaje de Ecopetrol contemplada en uno de los decretos que desarrollaban el Decreto 020 de 2011.

30.3. El tercer control de las leyes es fruto del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Desde comienzos del siglo XIX en algunas constituciones provinciales, y desde 1910 en todo el territorio nacional, los colombianos tienen derecho a demandar una ley promulgada por el Congreso y que esté en vigor. En estos casos, no existe ningún límite material, pues se puede accionar contra cualquier ley sin excluir ningún campo. Un ejemplo es el caso del UPAC, una forma de financiación de vivienda con crédito hipotecario, que se detalla más adelante. Este tipo de control es tal vez el más importante y en todo caso el más usado.

30.4. En el ordenamiento jurídico colombiano también se contempla la excepción de inconstitucionalidad, pero esta pierde fuerza por la existencia de la acción pública de inconstitucionalidad. El fundamento normativo de aquella se encuentra en la Carta, cuyo artículo 4° contempla que “La Constitución es norma de normas. En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Aunque no se discute su importancia, sus efectos, comparados con los de la acción de inconstitucionalidad, son menores, porque solo tiene efectos *inter partes*¹⁹.

En cuanto a la unificación nacional de la jurisprudencia sobre la acción de tutela se debe tener en cuenta que mediante esta acción, novedad y *vedette* de la Constitución de 1991, se interponen más de 30.000 demandas al mes, en materia de salud, derechos relacionados con las pensiones y libertades públicas, entre otras. Es una acción versátil, pues se admite contra cualquier autoridad pública y contra particulares que cumplan funciones públicas o estén en situación de franca superioridad, sin distinción alguna. Por ello se puede interponer contra decisiones judiciales, incluidas las que profieren la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Así, la Corte Constitucional es el tribunal de cierre, en este aspecto, del sistema jurídico²⁰.

¹⁹ Este concepto se desarrolla en el numeral 32.

²⁰ Existe otra acción relevante a través de la cual los jueces pueden participar en la elaboración de políticas públicas: la acción popular, consagrada en el artículo 88 de la Constitución de 1991 y desarrollada por la Ley 472 de 1998. Esta acción constitucional tiene por objeto proteger los derechos colectivos, entre ellos el ambiente sano, la moralidad administrativa, la salud pública y el patrimonio colectivo. Sobre esta acción ver Henao (2005, 485-541).

31. Aunque en principio la acción de tutela se instaure en defensa de derechos individuales, relacionados por ende con las peticiones para sí, que difieren de las peticiones para el colectivo respecto a la posible apropiación de la indemnización, lo cierto es que en el estado de cosas inconstitucional el amparo de los derechos, tratándose de una situación generalizada de transgresión, supera la apropiación de la reparación individual y se torna indemnización colectiva o, al menos, de un grupo específico²¹.

32. Sobre el estado de cosas inconstitucional, es importante indicar que la Corte Constitucional lo ha declarado en situaciones donde se atenta sistemáticamente contra la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales de las personas, de modo que se necesitan medidas que superen los efectos *inter partes*, debido a la entidad y trascendencia de los hechos transgresores, que requieren acciones de mayor espectro. Por ello, las órdenes emitidas irradian a un número indeterminado de personas que están en las mismas circunstancias que las de los tutelantes, y obligan a sujetos o entidades que tienen la facultad y el deber de conjurar la situación específica. A esto se lo denomina efecto *inter communis*.

33. En la sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional indicó que el fallo judicial busca superar un *statu quo* injusto y garantizar la vigencia de los principios constitucionales. En igual sentido, manifestó que se trata de una tendencia de defensa objetiva de los derechos fundamentales, que no escapa al ámbito de políticas públicas, donde el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación. La sentencia T-025 de 2004 sistematizó de la siguiente manera los factores que la Corte valoró para determinar la existencia del estado de cosas inconstitucional:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; [y](vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

²¹ Sobre el concepto de estado de cosas inconstitucional ver las sentencias SU-559 de 1997, T-069 de 1998, T-153 de 1998 y T-025 de 2004.

34. Para ilustrar cómo ha declarado la Corte Constitucional el estado de cosas inconstitucional, e influido así en la elaboración de políticas públicas, se dan algunos ejemplos representativos.

EL CASO DE LAS CÁRCELES

35. En 1998, la Corte Constitucional conoció dos acciones de tutela interpuestas por personas privadas de la libertad. En ambos casos, los gestores del amparo indicaron que sobrevivían en unas condiciones de hacinamiento que les impedían incluso tener celdas y camarotes para dormir. Se producían entonces dinámicas de corrupción para distribuir los escasos bienes –espacios para habitar y dotación esencial– entre las personas privadas de la libertad. Además, no podían recibir visitas de sus cónyuges o de sus defensores, pues los pasillos de las cárceles estaban atestados de personas, muchas de las cuales, por lo demás, eran sindicados y no condenados. Por último, los demandantes denunciaron la falta de prestación de servicios públicos básicos –como agua potable y alcantarillado– y la construcción de obras mediante las cuales se pretendía aumentar aún más la densidad de la población carcelaria.

La Corte inició un diagnóstico de la situación, para lo cual efectuó inspecciones judiciales diurnas y nocturnas, y constató que las condiciones de salubridad en las cárceles mencionadas eran en efecto deplorables. Además, encontró que las condiciones de hacinamiento dinamizaban actos de corrupción para el acceso a celdas y enseres, y que los reclusos se veían obligados a usar hasta baños y pasillos para pernoctar. También observó que las remodelaciones no superarían la deplorable condición de vida de los internos –que incluso construían túneles y celdas para poder pasar la noche– y que, por el contrario, la agravarían. En este sentido, en la sentencia T-153 de 1998 se puede leer:

Las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados [...] Pero si el problema se redujera a estos dos reclusorios podría pensarse en solucionarlo con base en algunas órdenes de traslado de internos. Lastimosamente, estas dos cárceles son simplemente exponentes destacados de una situación generalizada.

Ese diagnóstico constató el vacío de poder y la falta de actuación de las entidades estatales encargadas de mantener las cárceles. No solo en aquellas donde se encontraban los demandantes, sino en todos los

establecimientos penitenciarios y carcelarios del país. Ante este vacío, ante este déficit de implementación, la Corte Constitucional se vio obligada a conocer el caso y gestionar una política pública, pues se hallaba ante

la inacción de las autoridades [que] ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de las muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario, no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país [...] Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución.

La evaluación que hizo la Corte para formular e implementar un plan de acción se basó en análisis históricos de la condición carcelaria y penitenciaria. De igual modo, estudió la política criminal existente en el país, eminentemente penitenciaria.

Ante esta situación, la Corte evidenció un estado de cosas inconstitucional por la transgresión de los derechos de la población reclusa y el incumplimiento de obligaciones jurídicas internacionales:

De otro lado, la doctrina de la Corte acerca de los derechos de los internos responde a las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia a través de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos, tratados que, como ya se sabe, hacen parte del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, sirven también de parámetro para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos. En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también conocida como el Pacto de San José, y que fue aprobada por el Congreso mediante la Ley 16 de 1972– como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, establecen que los reclusos tienen el derecho a ser tratados en una forma digna, de acuerdo con el valor que les confiere su calidad de personas, y que el objeto de la pena es la resocialización.

Con esas consideraciones, la Corte formuló una estrategia para superar el hacinamiento en las cárceles o, por lo menos, hacerlo manejable. Y tomó varias decisiones. Por una parte, ordenó a las autoridades administrativas de orden nacional, departamental y municipal, a la Fiscalía General de la Nación²², al Consejo Superior de la Judicatura,

²² La Fiscalía General de la Nación –integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y otros funcionarios– tiene la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, e investigar los hechos que revistan el carácter de un delito. Dentro de sus actividades, debe presentar un escrito de acusación ante el juez de conocimiento para iniciar el juicio público, asegurar los elementos probatorios y dirigir las funciones de la policía judicial.

a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y al poder legislativo, que dado el estado *de cosas inconstitucional*, ayudaran a superarlo. Acto que concuerda con lo ya dicho sobre el flujo de información entre entidades del Estado a la hora de diagnosticar situaciones socialmente relevantes para elaborar políticas públicas. La segunda orden, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), al Ministerio de Justicia y del Derecho, y al Departamento Nacional de Planeación (DNP), se refirió a la elaboración de un plan de construcción y refacción carcelaria para mejorar las condiciones de vida en los penales, que sería controlado por la Defensoría del Pueblo y por la Procuraduría General de la Nación y debía ser adelantado como máximo en los cuatro años siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

La tercera orden, al INPEC y al Ministerio de Justicia, dispuso la suspensión inmediata de las obras en la Cárcel Nacional Modelo, por ser inadecuadas para superar el hacinamiento de los reclusos. Así mismo, ordenó trasladar y separar a los sindicados de los condenados, lo que también debía lograrse en los cuatro años siguientes. Finalmente, ante la falla de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, que sin ir a las cárceles no concedían la libertad condicional, ordenó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura iniciar las investigaciones y pesquisas correspondientes.

Recientemente, la sentencia T-077/13 utilizó la misma lógica y dio al INPEC órdenes perentorias para superar la dramática situación de los reclusos en cuanto al suministro de agua y las condiciones sanitarias infrahumanas de su detención.

36. Otro ejemplo de políticas públicas ordenadas por la Corte, relacionado con el anterior, fue la sentencia T-847 de 2000. En ese caso, también analizó el hacinamiento de personas privadas de la libertad, pero no en establecimientos penitenciarios y carcelarios, sino en centros de reclusión donde solo pueden permanecer poco tiempo, en ese momento, hasta 36 horas. En esos centros, las condiciones eran aún peores que las de las cárceles mencionadas, pues se mezclaban sindicados, condenados y detenidos preventivamente. Los inmuebles carecían de las adecuaciones necesarias para que quienes permanecieran más de las 36 horas pudieran hacer ejercicio, pernoctar, recibir tratamiento médico o tomar el sol. Si las cárceles transgredían la dignidad humana de los reclusos, en este caso

se le añada que no hay patio donde salir a ejercitarse y recibir algo de luz solar, que no hay lugar adecuado para recibir la visita conyugal y la de los familiares y amigos, o para entrevistarse con el defensor, que no existe una dependencia de sanidad a donde ser conducido, y que la infraestructura sanitaria y alimentaria no está diseñada para atender las necesidades de una

larga estadía, ni existe posibilidad alguna de trabajo o estudio, entonces los sindicados y condenados que permanecen en las sobrepobladas salas de retenidos, vienen a ser conscientes de que toda mala situación puede empeorar, y no sólo añoran, sino que reivindican esas condiciones inhumanas y degradantes de las cárceles, como lo hacen en este proceso, a través del Defensor del Pueblo, treinta y cinco (35) detenidos.

De nuevo, se manifiestan el vacío de poder, la crisis de gobernanza y el déficit de implementación para respetar los derechos humanos en todos los ámbitos²³.

Ante estos hechos, la Corte constató que varias entidades del Estado eran responsables de la falla del servicio. Una de las funciones del INPEC es administrar las cárceles y penitenciarias, por lo que al trasladar sindicados y condenados a centros de reclusión donde solo pueden estar personas privadas temporalmente de la libertad, faltó a sus deberes. Y, como contracara de la moneda, la Policía Nacional, el CTI, la DIJIN y el DAS permitían la permanencia de sindicados y condenados en sitios no adecuados. Esto, además, contrariaba el artículo 121 de la Carta, que contempla el principio de todo Estado de Derecho de que los poderes constituidos solo están facultados para actuar según las competencias que les otorgan la Constitución o las leyes.

Tras determinar la situación problemática que había de solucionar mediante la política pública, la Corte ordenó, en primer lugar, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al INPEC, el traslado de las personas sindicadas y condenadas retenidas en las estaciones de Policía de Bogotá, el DAS, la DIJIN, la SIJIN y el CTI, antes de diez días. En segundo lugar, conminó a todas estas entidades a no incurrir más en el tipo de hechos que originaron la acción de tutela. E informó a la Procuraduría para que iniciara las pesquisas correspondientes²⁴.

Este caso obliga a ser críticos con la evaluación de la Corte tanto de los efectos de la política pública iniciada con la T-153 de 1998 como de los resultados de esta última sentencia. Con la primera pro-

²³ El Defensor del Pueblo, que hace parte del Ministerio Público –conformado por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, y por la defensa de la sociedad y los intereses colectivos–, está obligado a velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos. Para cumplir este deber tiene, ente otras funciones, las de interponer acciones populares, instaurar acciones de tutela, presentar proyectos de ley con este fin y recomendar la formulación de políticas públicas para divulgar tales derechos.

²⁴ La Procuraduría General de la Nación hace parte del Ministerio Público. El Procurador General, el supremo director, tiene entre sus funciones la de vigilar la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, incluida la de los funcionarios de elección popular. Ejerce preferentemente el poder disciplinario, adelanta las investigaciones pertinentes e interpone las sanciones correspondientes.

videncia se generó un nuevo problema —algo normal en las políticas públicas— que debía ser solventado. El hacinamiento en las cárceles y penitenciarías y la pretendida solución llevaron a que los sindicatos y condenados fueran enviados a los centros de reclusión. A pesar de que la Corte evidenció esto, no se pronunció al respecto:

No escapa a esta Sala que puede existir una relación entre el hacinamiento que presentan los centros carcelarios del país, y el que la Defensoría del Pueblo documentó para las estaciones de policía y otras entidades donde funcionan salas de retenidos en el Distrito Capital; pero la relación que pueda inferirse entre esas dos situaciones, no releva al juez de tutela de la obligación de ocuparse de los hechos planteados por la Defensoría del Pueblo en su solicitud de amparo, pues es precisamente la situación de las personas en cuyo nombre fue instaurada esta acción, la que debe servir de base para un pronunciamiento de fondo.

La Corte se limitó, en efecto, a ordenar lo que ya mencionamos, pero no estableció ninguna relación entre estos hechos y lo ordenado en la sentencia T-153 de 1998. Por tanto, flaqueó en un elemento trascendental en las políticas públicas: la evaluación y la retroalimentación.

37. El hacinamiento en las cárceles colombianas aún no se ha superado. Pero debido a que la Corte se pronunció al respecto y fue gestora de la política pública, esa situación se hizo más visible. En los años siguientes se hicieron esfuerzos presupuestales para adecuar y construir nuevos establecimientos penitenciarios y carcelarios. En el Informe de Gestión del INPEC de 2007 se indica que se destinaron \$17.453.110.000 para conservar, mantener y mejorar las estructuras físicas. Un monto importante si se tiene en cuenta que en ese año se asignaron \$21.071.400.000 al INPEC para inversión²⁵.

Y en el Informe de Gestión de 2008 se señala que se apropiaron \$12.000 millones para mantenimiento, conservación y mejoramiento de las estructuras físicas, de un total de \$15.929,2 millones destinados a inversión²⁶.

EL CASO DE LOS DESPLAZADOS POR LA VIOLENCIA

38. Un segundo ejemplo de la intervención de la Corte Constitucional en las políticas públicas es la sentencia T-025 de 2004. En ese caso, los demandantes accionaron contra varias entidades estatales —entre ellas la Red de Solidaridad Social (hoy Acción Social), la Presidencia de la República, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Agricultura—, por considerar que no cumplían su obligación en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud,

²⁵ INPEC, Informe de Gestión 2007, consulta del 15 de enero de 2010.

²⁶ INPEC, Informe de Gestión 2008, consulta del 15 de enero de 2010.

educación y ayuda humanitaria a la población víctima del desplazamiento forzado.

La Corte constató que en varios pronunciamientos había abordado el tema y que no había sido superado, entre otras razones, porque no se habían apropiado recursos del presupuesto nacional para superar la situación. Así mismo, evidenció que a pesar de que la política de atención a la población desplazada encontraba un referente normativo en la Ley 387 de 1997, sus resultados no contrarrestaban la vulneración de los derechos fundamentales de la mayoría de la población víctima de ese flagelo. Ante este déficit de implementación generalizado, declaró el estado de cosas inconstitucional.

Para la Corte, una solución era destinar el presupuesto necesario para la plena reparación y ejercicio de los derechos transgredidos. Entre otras razones, porque el artículo 350 de la Constitución contempla la prioridad del gasto social. Así, el juez constitucional ordenó varias medidas dirigidas a superar la insuficiencia de recursos y las falencias de capacidad institucional para dar respuesta a la problemática situación del desplazamiento. Pero, dado que no es de su competencia establecer el presupuesto de la Nación, la parte resolutive debía respetar el principio de separación de poderes e instar a los órganos competentes a cumplir su labor.

Así mismo, dispuso que el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia precisara la situación de esta población y fijara la dimensión del esfuerzo presupuestal necesario para cumplir la política pública, definiendo el porcentaje correspondiente a las entidades territoriales y a la Nación. Paso seguido, ordenó a varias entidades —entre ellas los ministerios de Hacienda y Crédito Público, y del Interior y de Justicia, el Departamento Nacional de Planeación y el mencionado Consejo—, realizar los esfuerzos necesarios para lograr la meta presupuestal. En caso de que no fuese posible, indicó que se debían redefinir las prioridades.

Desde entonces, y comoquiera que aún no se ha superado el estado de cosas inconstitucional, la Corte ha hecho un seguimiento al desarrollo de la política pública para la población desplazada. Durante este tiempo, ha proferido numerosos autos que revisan su cumplimiento y desarrollo. Por ejemplo, en 2008 profirió el Auto 251, que ordenó a Acción Social, al Ministerio del Interior y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —entre otras instituciones— el diseño e implementación de doce planes piloto para atender niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento forzado, que debían incluir como mínimo tres componentes, de alimentación, salud

y protección²⁷. Y, de igual manera, dispuso elaborar mecanismos de prevención del reclutamiento de menores en el Putumayo, así como un proyecto piloto de prevención del impacto de minas antipersonales y municiones sin explotar. Otro ejemplo es el Auto 05 de 2009, que ordenó a Acción Social diseñar una estrategia para garantizar que la población afro-colombiana recibiera la ayuda humanitaria de emergencia. En esa providencia, dispuso que, con participación de estas comunidades, se trazara un plan integral de prevención, protección y atención que las favoreciera.

Algo que se debe destacar es la apropiación de recursos que se decretó para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2009, mediante la Ley 1260 de 2008. De los más de 140 billones de pesos apropiados para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública²⁸, a Acción Social se le asignó un total de \$2.026.218.882.086 para el rubro de inversión²⁹, aproximadamente el 1,42% del presupuesto nacional. En el futuro próximo la Corte habrá de analizar si estos recursos resultan suficientes, más aún si se tiene en cuenta el número de víctimas de este flagelo, que según fuentes del Gobierno superan los 2 millones 64 mil personas, y que la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (COHDES) sostiene que superan los 4 millones de personas³⁰; en un país con una población de algo más de 45 millones de habitantes³¹. Si la cifra de 4 millones es correcta, cerca del 10% de la población sería víctima de este delito.

EL CASO DEL UPAC

39. Para incentivar el acceso a la vivienda y el sector de la construcción –con la idea de que contribuyera al crecimiento de la economía–, en el gobierno de Misael Pastrana Borrero (1970-1974) se creó la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) a través de los decretos 677 y 1229 de 1972, con el fin de permitir la capitalización del componente inflacionario de las tasas de interés por medio de la corrección monetaria (Pérez S., 2007, 834). Las principales captadoras de depósitos para créditos de largo plazo, financiadoras de vivienda, serían las corporaciones de ahorro y vivienda (CAV). Para hacerlas viables, se creó

²⁷ Planes que se desarrollaron en Cartagena, Arauca, Sincelajo, Quibdó, Tumaco, Buenaventura, Bucaramanga, Bogotá, Medellín, Policarpa, Florencia y San José del Guaviare.

²⁸ El monto exacto apropiado para el Presupuesto General de la Nación fue de \$140.494.646.516.466.

²⁹ Sección 0210 de la Ley 1260 de 2008.

³⁰ *El Espectador*, “Población desplazada...”, consulta del 15 de enero de 2010.

³¹ DANE, Población colombiana ahora, consulta del 15 de enero de 2010.

el Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI), un medio que, para proteger a las CAV de las fluctuaciones del mercado, les permitía tener acceso a la liquidez generada por la emisión del Banco de la República y consignar sus excedentes de captación recibiendo una remuneración equivalente a la corrección monetaria (ibíd.).

Por muchos años, endeudarse en UPAC para adquirir vivienda fue un excelente negocio, pues los precios de los inmuebles aumentaban mientras los débitos permanecían relativamente estables. Pero las cosas cambiaron con la nueva Constitución, que prohibió establecer monopolios salvo como arbitrio rentístico (art. 336) y consagró la democratización del crédito (art. 335), así como la eliminación de la mayoría de las barreras a los flujos de capital por la apertura económica. La Ley 31 de 1992 le permitió al Banco de la República variar la forma de liquidación del UPAC con base en el DTF, una tasa de interés de corto plazo y alto riesgo. Entonces, sobrevino la crisis económica de 1998, los capitales de corto plazo salieron del país, las tasas de interés se elevaron –en parte para defender el peso– y los precios de la finca raíz se fueron al piso (ibíd., 837). Más de 840.000 familias de deudores hipotecarios resultaron afectadas, unas 30.000 de las cuales por viviendas de interés social³².

La Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en la sentencia C-383 de 1999, donde declaró parcialmente inexecutable el literal f del artículo 16 de la Ley 31 de 1992. Uno de los argumentos fue la ruptura del equilibrio contractual entre los deudores hipotecarios y la banca. Esto, por cuanto el mencionado literal, al permitir la actualización de los valores de la deuda mediante el factor de variación de la tasa de interés en la economía, no solo conservaba el poder adquisitivo de la moneda sino que generaba un excedente entre lo que se debía inicialmente y lo que se pagaba efectivamente. Lo anterior, teniendo en cuenta, además, que el reajuste periódico de los ingresos de los trabajadores no se realizaba conforme a la variación de la tasa de interés en la economía sino con otros criterios. Mediante esta sentencia, se ordenó reliquidar los créditos en UPAC en forma retrospectiva y se permitió reclamar los dineros pagados de más.

Luego, la Corte emitió la sentencia C-700 de 1999 que declaró inexecutable en su totalidad los artículos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que estructuraban el sistema UPAC. Ante los posibles problemas económicos que conllevaría la decisión se difirieron los efectos del fallo hasta el 20 de junio de 2000, sin perjuicio de que se diera cumplimiento inmediato a lo ordenado

³² ANUPAC, “Preguntas...” consulta del 15 de enero de 2010.

en la sentencia C-383 de 1999. En razón de estas providencias se promulgó la Ley 546 de 1999, contra la que se elevaron acciones de inconstitucionalidad, y se profirió la sentencia C-955 de 2000. En esta decisión se hicieron importantes precisiones sobre los créditos de vivienda que resultaron en parámetros de regulación del mercado en esta materia; entre ellas, que la tasa de interés remuneratoria no incluiría el valor de la inflación y que sería siempre inferior a la tasa real que se cobrara en las demás operaciones crediticias de la actividad financiera. Del mismo modo, que la tasa tendría un valor máximo, determinado por la Junta Directiva del Banco de la República, y que se debía aplicar tanto a los créditos nuevos como a los ya existentes. También se prohibió la aprobación de planes de amortización en materia de financiación de vivienda en cuya virtud las cuotas mensuales solo pagasen intereses, debiendo siempre amortizar capital para disminuir el saldo de la deuda.

EL CASO DE LA SALUD

40. A partir de la promulgación de la Carta de 1991, en el curso de algunos años se interpusieron varias acciones de tutela que alegaban la transgresión del derecho fundamental a la salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud del régimen contributivo y del subsidiado (EPS)³³. La Corte Constitucional se pronunció al respecto en pluralidad de decisiones, lo que le permitió hacer un seguimiento de la política pública relativa a este tema.

En 2008, ante el aumento de los casos profirió la sentencia T-760, donde constató la ausencia de decisiones y la consiguiente falta de adopción de medidas encaminadas a superar la crisis de la salud por parte de las autoridades responsables. En lo que respecta a los planes, básicamente dos –Plan Obligatorio de Salud (POS) y Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS)–, observó que aún no se habían igualado los servicios que brindaba cada uno, con la consiguiente vulneración del derecho a la igualdad. Por ello, las personas que contribuían al sistema de salud –cubiertas por el POS– recibían mejor atención que las afiliadas al régimen subsidiado –atendidas por el POSS–. De igual modo, evidenció que existían problemas y dudas concernientes a los

³³ El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece las modalidades de participación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así, existen el régimen contributivo y el subsidiado. El primero se constituye por aquellos trabajadores con capacidad de pago, mientras el segundo comprende a aquellas personas sin capacidad para cubrir el monto total de la cotización. Según el artículo 177, las EPS son las entidades responsables de la afiliación y registro de los afiliados, y del recaudo de las cotizaciones. Además, deben organizar y garantizar la prestación de los planes de salud.

servicios efectivamente incluidos en el POS. Ante estas situaciones, la Corte, mediante una sentencia programática –ya que había de cumplirse en plazos progresivos– ordenó precisar el contenido de los planes, actualizar y reducir las dudas sobre lo que incluían, y dispuso que se informara sobre las deficiencias en el suministro de los servicios y sobre las EPS que habían transgredido el derecho a la salud. Una decisión importante (que enfatiza el carácter programático de la providencia) fue la disposición de elaborar un programa y un cronograma para unificar el POS, tanto para menores de edad –de manera prioritaria– como para el resto de la población.

En cuanto al flujo de recursos para financiar el sistema, debido a las disputas entre las EPS y el Estado sobre los recobros de los servicios prestados excluidos del POS, la Corte indicó que se debía diseñar un plan de contingencia para cancelar los recobros atrasados y un sistema que lo hiciera eficiente. De igual forma, estableció la obligación de asegurar el flujo de recursos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud hacia el futuro.

Para hacer el seguimiento de la política formulada con respecto al POS, dispuso que antes del 1° de febrero de 2009 se remitieran a la Corte los planes adoptados, que a su vez se debían comunicar a las diferentes EPS del país. Cada uno de ellos debía incluir cronogramas, metas medibles, mecanismos para el seguimiento de los avances y justificar posibles regresiones o estancamientos en el desarrollo de la política. En cuanto a la financiación del sistema, la Corte indicó que antes del 15 de noviembre de 2008 se debía presentar un plan que comprendiera, a su vez, metas específicas y sus cronogramas, y las acciones llevadas a cabo hasta ese momento para su cabal cumplimiento.

Los efectos de esta decisión aún no se han evidenciado del todo. De hecho, el Gobierno Nacional más adelante declaró el estado de excepción para –según él– recaudar recursos destinados al pago de las obligaciones económicas del Estado con las EPS y asegurar la viabilidad financiera del sistema³⁴. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-252/10, declaró inexecutable el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, por considerar que no se estaba frente a hechos sobrevinientes ni extraordinarios que pudieran dar lugar a los poderes excepcionales que se atribuyen al Presidente de la República en el estado de excepción.

³⁴ *El Espectador*, “Emergencia Social busca...”, consulta del 19 de enero de 2010.

EL CASO DE LA PROTECCIÓN A LOS RECICLADORES

41. Otro campo del que se puede inferir la incidencia del juez en las políticas públicas es el de la protección de la población recicladora y su relación con los contratos de recolección de basuras en los municipios. No sobra advertir que este es uno de los principales contratos de cualquier municipio, con honda repercusión en todos sus habitantes y en sectores tradicionalmente marginados de la sociedad.

El primer pronunciamiento sobre el tema fue la sentencia T-724 de 2003, proferida ante la queja presentada por un grupo de recicladores que consideraban que los contratos de concesión suscritos en su momento por el Distrito Especial de Bogotá con las sociedades que habrían de recoger las basuras en su territorio vulneraban sus derechos. Puesto que cuando la Corte conoció de la tutela ya se habían suscrito los contratos, declaró la “carencia actual de objeto”. Pero en la parte resolutive previno al Distrito

para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la licitación N° 01 de 2002, respecto de los recicladores de Bogotá.

Se dio el paso siguiente cuando, finalizados los contratos de 2002, el Distrito se disponía a contratar –de nuevo en concesión– el servicio de aseo mediante la licitación pública 001 de 2011. Los recicladores volvieron a acudir a la Corte Constitucional, arguyendo que esta licitación desconocía sus derechos. Luego de varias decisiones previas, la Corte les otorgó protección y dejó sin efecto la licitación pública de 2011. Además, ordenó a la alcaldía “que defina un esquema de metas a cumplir en el corto plazo con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, que contenga acciones concretas, cualificadas, medibles y verificables”. Y exhortó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico “para que revise y defina parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos”, en los términos establecidos en la providencia.

OTROS EJEMPLOS

42. Además de estos ejemplos, vale la pena mencionar otros que provienen de sentencias pronunciadas por la Corte Constitucional ante la interposición de acciones públicas de inconstitucionalidad y

que han tenido importantes efectos, no solo económicos sino también sociales³⁵.

Para mencionar uno, mediante la sentencia C-1433 de 2000 la Corte declaró inexequible una parte del presupuesto nacional, por no haber apropiado suficientes recursos para aumentar todos los salarios de los servidores públicos, al menos en un porcentaje equivalente a la tasa de inflación del año anterior. Esta fue entonces una participación directa del juez constitucional en la política salarial.

Ahora bien, la Corte no solo interviene en las políticas públicas cuando declara inconstitucional una ley, ya que puede influir en dichas políticas declarando exequibles algunas leyes y vigilando su cabal cumplimiento. Un ejemplo de ello es la política de género, sobre la cual profirió en el año 2000 la sentencia C-371, donde declaró ajustada a la Constitución la ley que establecía la participación obligatoria de la mujer en por lo menos el 30% de las posiciones decisorias de la rama ejecutiva.

CONCLUSIONES

43. Es indudable que el juez constitucional es un actor en las políticas públicas, ya que –en razón del ejercicio de acciones judiciales– evidencia situaciones socialmente relevantes, formula posibles soluciones, ordena su implementación y evalúa todo el proceso. Se ha pronunciado en diversos campos: por ejemplo, en política carcelaria, desplazamiento forzado, vivienda, salud, regulación salarial y género.

En la primera, su participación, además de realzar el debate sobre la situación de derechos humanos que padecía la población reclusa, dio lugar a asignaciones presupuestales y a erogaciones para mejorar la infraestructura penitenciaria y carcelaria del país. En el caso del desplazamiento forzado, sus decisiones incidieron en el monto del presupuesto general de la nación asignado para superar el estado de cosas inconstitucional, y en la elaboración de planes preventivos y de reparación a las víctimas.

En cuanto a la vivienda, la política pública dispuesta por la Corte, que resultó en una evidente regulación del mercado tras la crisis económica de 1998 que llevó al desplome de los precios de la finca

³⁵ La acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 40 de la Constitución de 1991, es uno de los mecanismos de participación mediante el cual cualquier ciudadano puede ejercer control sobre el poder público. A la Corte Constitucional le compete, conforme el artículo 241, la resolución de estas acciones. Al versar sobre normas jurídicas –específicamente aquellas con fuerza de ley o reformas a la Carta–, se considera que se trata de un control abstracto sobre el ordenamiento jurídico, mediante el cual se busca que guarde concordancia y coherencia con la Constitución.

raíz, limitó de las tasas de interés, ordenó al Banco de la República de establecer topes a las tasas, excluyó ofertas de planes de amortización de la deuda que no contemplaran pagos a capital, y llevó a reliquidar los créditos que rompían el equilibrio contractual entre los deudores hipotecarios y la banca.

Con respecto a la salud, ordenó equiparar los planes del régimen subsidiado y del contributivo, decretó un seguimiento a las EPS y dispuso la elaboración de mecanismos que garantizaran la viabilidad financiera del sistema.

En materia salarial dispuso que la remuneración de los servidores públicos se ajustara a la inflación, para que no perdieran capacidad adquisitiva.

Y apoyó las políticas de género destinadas a desarrollar acciones afirmativas a favor de las mujeres que quisieran trabajar en el Estado.

En los casos analizados, salvo el último, la Corte Constitucional actuó ante la existencia de un vacío de poder y un déficit de implementación y de gobernanza de las autoridades primeramente llamadas a responder. En todos los casos, constató una transgresión masiva de los derechos de las personas que implicaba un desconocimiento sistemático de la Constitución. Por ello, antes que una injerencia indebida en asuntos de competencia de otros poderes, la suya fue una reacción, motivada por acciones ciudadanas, ante problemas sistemáticos que vulneraban derechos y que no habían sido solucionados por las entidades con la obligación jurídica de resolverlos. Finalmente, solo existe un Estado Constitucional allí donde se cumplen las reglas fijadas en la Carta Fundamental.

Con todo, es pertinente reiterar que la intervención de la Corte en las políticas públicas debe ser medida. El primero en respetar sus competencias ha de ser el juez constitucional, en obediencia al principio de separación de poderes —entendido como colaboración armónica— y sin extralimitaciones. De hecho, en los casos de apropiaciones presupuestales, la Corte ha respetado ese principio en las sentencias mencionadas como ejemplo. En la regulación del mercado de vivienda no se puede olvidar que se produjo durante una crisis financiera que azotó a miles de familias de deudores hipotecarios, que se encontraron desprotegidos después de las modificaciones permitidas por el Banco de la República y el Congreso, con ocasión de la expedición de la Ley 31 de 1992. Así —en caso tal y la polémica sigue abierta— cabe cuestionarse si hubo una extralimitación.

Además, el juez tiene la obligación de fallar en derecho, y su intervención en las políticas públicas debe siempre contar con este sustento

y evidenciar su inserción en el ordenamiento jurídico. En todos los casos analizados se respetó este principio. La Corte se pronunció en sentencias que tienen fundamentos jurídicos y fácticos que les dan soporte, así existan grupos específicos a los que no les haya convenido la resolución. No se debe olvidar que la mayor legitimidad del juez la dan la coherencia, la fundamentación, la solidez, la redacción y la lógica de sus sentencias. ¡Ello no le ha faltado a la Corte Constitucional colombiana!

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AA.VV. *Jurisdicción Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Konrad Adenauer Stiftung, 2001.
2. Becker G. “El papel de la justicia constitucional en el sistema político, El caso Paraguay”, AA.VV. (2001).
3. Cepeda E., M. J. “La ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político”.
4. Cepeda E., M. J. et al. *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para un discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
5. Cuéllar, M. M. “¿Volvemos al pasado? Un debate inaplazable”, Revista Economía Colombiana, Bogotá, octubre de 2000.
6. Fals B., O. *Ciencia propia y colonialismo intelectual*, 2ª ed., Bogotá, Oveja Negra, 1971, p. 89.
7. Ferrajoli, L. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de V. Abramovich y V. Courtis, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
8. Henao P., J. C. “De tal Derecho, tal acción”, *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
9. Hineyrosa, F. *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
10. Naranjo M., V. “El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político”, AA.VV. (2001).
11. Pérez M., L. E. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”, *Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, DeJusticia, IDEP, Anthropos, 2007.
12. Pérez S., M., “Economía y fallos constitucionales, la experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991”, Cepeda E., M.J. et al. (2007).
13. Roth D., A. N. *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, 1ª reimpresión, Ediciones Aurora, 2003.
14. Roth D., A.-N. “Discurso sin compromiso: la política pública de derechos humanos en Colombia”, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.
15. Sierra C., G. de J. *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*, Bogotá,

Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Textos de Jurisprudencia, Serie Maestría, 2009.

16. Uprimny Y., R. y A. Rodríguez V. *Interpretación judicial: módulo de autoformación*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

FUENTES DE INTERNET

1. ANUPAC. “Preguntas sobre el cambio en el sistema de corrección monetaria”, *consulta del 15 de enero de 2010*, [<http://anupac.org/preguntas.htm>].
2. DANE. Población colombiana ahora, consulta del 15 de enero de 2010, [http://www.dane.gov.co/reloj/reloj_animado.php].
3. *El Espectador*. “Presentan a la mina de oro La Colosa como dinamizadora de la economía”, consulta del 2 de diciembre de 2009, [<http://www.elespectador.com/articulo158666-presentan-mina-de-oro-colosa-dinamizadora-de-economia>].
4. *El Espectador*. “Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas”, consulta del 15 de enero de 2010, [<http://www.elespectador.com/articulo138808-poblacion-desplazada-colombia-alcanza-los-43-millones-de-personas>].
5. *El Espectador*. “Emergencia social busca sostenibilidad del servicio de salud”, *consulta del 19 de enero de 2010*, [<http://www.elespectador.com/articulo182770-emergencia-social-busca-sostenibilidad-del-servicio-de-salud>].
6. INPEC. Informe de Gestión 2007, *consulta del 15 de enero de 2010*, [http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=1252103.PDF].
7. INPEC. Informe de Gestión 2008, *consulta del 15 de enero de 2010*, [http://www.inpec.gov.co/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpobpage.show?_docname=1350171.PDF].

SENTENCIAS

1. Corte Constitucional colombiana, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; actores: Manuel José Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández y otros.
2. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-383 de 1999, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra; actor: Andrés Quintero Rubiano.
3. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-700 de 1999, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo; actor: Humberto de Jesús Longas Londoño.
4. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-371 de 2000, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz; revisión automática del proyecto de Ley Estatutaria No 62/08 Senado y 158/98 Cámara.
5. Corte Constitucional colombiana, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T- 871 de 2000, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz; actor: Defensor del Pueblo Regional de Bogotá.

6. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-955 de 2000, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo; actores: Alejandro Baquero Nariño y Humberto de Jesús Longas Londoño.
7. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-1433 de 2000, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; actores: Rosalba Inés Jaramillo Murillo y Orlando Muñoz Neira.
8. Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-724 de 2003, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.
9. Corte Constitucional colombiana, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-025 de 2004, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; actores: Abel Antonio Jaramillo y otros.
10. Corte Constitucional colombiana, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-760 de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; actores: Luz Mary Osorio y otros.
11. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-944 de 2008, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla, Revisión de la Ley 1196 de 2008, expediente: L.A.T 326.
12. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-662 de 2009, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, revisión previa de las objeciones presidenciales al proyecto de Ley 312 de 2008 del Senado y 90 de 2007 de la Cámara.
13. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-135 de 2009, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, revisión automática del Decreto 4333 de 2008, por medio del cual se declara el Estado de Emergencia Social.
14. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia SU-913 de 2009, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez; actores: Elizabeth Vargas Bermúdez y otros.
15. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-141 de 2010, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, revisión automática de la Ley 1354 de 2009, que permitía convocar a referendo para la segunda reelección del presidente Uribe.
16. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-252 de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
17. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-215 de 2011, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, revisión del Decreto 020 de 2011.
18. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-557 de 2011, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
19. Corte Constitucional colombiana, Sala Tercera de Revisión, auto 275 de 2011, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.
20. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia C-258 de 2013, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
21. Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, sentencia del 7 de noviembre de 2002, ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor: Hernando Lee Cifuentes, exp. AP-700.
22. Corte Suprema Federal de Estados Unidos, caso *Lawrence v. Texas*, 123S. ct. 2472, 2003.