



Título: Abundancia
Técnica: Fotografía
Año: 2014

LAS ÓRDENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: SU PAPEL Y LÍMITES EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS*

* Este artículo hace parte de la tesis de investigación “El juez constitucional en la reparación del daño sufrido por las víctimas del desplazamiento forzado” presentada en la Maestría en Derecho Administrativo, Modalidad Investigación, en la Universidad Externado de Colombia, bajo la dirección del doctor Juan Carlos Peláez Gutiérrez, adscrita a la línea de investigación en Responsabilidad Extracontractual del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

Fecha de recepción: mayo 9 de 2014

Fecha de aprobación: junio 10 de 2014

LAS ÓRDENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: SU PAPEL Y LÍMITES EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Diego Armando Yáñez Meza****

RESUMEN:

La Constitución Política de 1991 en el catálogo de funciones que asigna a cada uno de los diferentes Poderes Públicos, enfrenta en la actualidad ámbitos de la actividad que desarrolla la Rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Sin discusión alguna, la formulación de *políticas públicas* que tradicionalmente se reconoce como una competencia propia y exclusiva del primero, se ha visto influida por decisiones judiciales que no distinguen labor específica de intervención, en lo que podría constituir una desnaturalización o agotamiento de un esfuerzo de gobierno que, en ocasiones, debe acatar las palabras que pronuncia el Juez aunque dispongan medidas inadecuadas.

La Corte Constitucional es competente para interferir en el diseño, construcción, desarrollo y evaluación de *políticas públicas* porque la Constitución la habilita para ello bajo la función de protección efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, no debe ser una función omnímoda, su papel necesariamente habrá de encontrar límites materiales que de no cumplirse le impiden afectar la agenda estatal. En esta investigación se postulan aquellos que habilitarían esta capacidad en el Juez constitucional.

Palabras Clave: poder ejecutivo, Juez, política pública, orden de tutela, límites.

THE CONSTITUTIONAL COURT ORDERS: THEIR ROLE AND LIMITS ON PUBLIC POLICY

ABSTRACT:

The Constitution of 1991 in the catalog of functions assigned to each of the different branches of government, is currently facing areas of activity that develops the executive, legislative and judicial. Without any discussion, the formulation of public policies which is traditionally recognized as a proper and exclusive jurisdiction of the first one, has been influenced by judicial decisions which do not distinguish specific intervention work, in what could be a distortion or exhaustion of an government's effort, which sometimes must follow the words pronounced by the Judge but have inadequate measures.

The Constitutional Court has jurisdiction to interfere with the design, construction, development and evaluation of public policies because the Constitution empowers it to do so under the function of effective protection of fundamental rights. However, it should not be an all-encompassing role, its role must necessarily find material limits, in case of non compliance will prevent the affectation or the state agenda. In this research we postulate those that would enable this capability to the constitutional Judge.

Key Words: executive branch, Judge, public policy, custody, limits.

** Artículo inédito. Este artículo hace parte de la tesis de investigación “El juez constitucional en la reparación del daño sufrido por las víctimas del desplazamiento forzado” presentada en la Maestría en Derecho Administrativo, Modalidad Investigación, en la Universidad Externado de Colombia, bajo la dirección del doctor Juan Carlos Peláez Gutiérrez, adscrita a la línea de investigación en Responsabilidad Extracontractual del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

*** Msc. en Derecho Administrativo, modalidad investigación, de la Universidad Externado de Colombia. Msc. en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo y del Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. En la realización de esta investigación fueron auxiliares de investigación Mónica Viviana Duarte Esteban, Jeferson Arley Castellanos Castellanos, Kelly Paola Villamizar Torrado y Andrés Manuel Silva Sánchez.

Correo electrónico: diego.yanez@unilibrecucuta.edu.co.

LAS ÓRDENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: SU PAPEL Y LÍMITES EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

INTRODUCCIÓN

El protagonismo del Juez en la realización de los derechos de las personas se muestra como una de las actividades del Estado más relevantes. En particular, si se trata de la figura del Juez Constitucional¹, las consideraciones se ensanchan generándose un cúmulo de sentimientos a favor y en contra de sus decisiones, las cuales en primera plana de los medios de comunicación se destacan como el impulso del Estado Social de Derecho² o el inicio de una tiranía de los Jueces³. Basta recordar la razón contenida en la Sentencia de Constitucionalidad 1433 del año 2000⁴, en donde la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la Ley 547 del año 1999⁵, ordenó, aunque no explícitamente, sus efectos así se entienden, el ajuste salarial de los servidores públicos para el año 2000, en un deber jurídico que, según esta, había sido omitido por el Congreso y el Presidente de la República en el ejercicio de sus competencias y que debía ser saneado so

-
- 1 Se entiende como Juez constitucional no sólo la labor ejercida por la Corte Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. Así mismo, se encuentran comprendidas en ésta estructura las decisiones que los jueces en ejercicio de su competencia de tutela profieren.
 - 2 Gaviria, Alejandro. “*La Corte Constitucional*”. *El Espectador*. Noticias. Bogotá. Diciembre 11 del 2010. Tomado de: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/articulo-239877-corte-constitucional>, abril 2 del 2012.
Uprimny, Rodrigo. “*La Corte Constitucional como Garante de la Democracia*”. *El Espectador*. Opinión. Bogotá. Marzo 1 del 2010. Tomado de: <http://www.elespectador.com/columna190596-corte-constitucional-garante-de-democracia>, abril 2 del 2012.
 - 3 Valencia Laserna, Paloma. “¿Justicia antidemocrática en Colombia?”. *El Espectador*. Opinión. Bogotá. Mayo 23 del 2011. Tomado de: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-272210-justicia-antidemocratica-colombia>, abril 2 del 2012.
Mejía Vergnaud, Andrés. “*Acción de tutela Vs costo fiscal: un camino de irresponsabilidad*”. *Ámbito Jurídico*. Bogotá. Junio 30 del 2011. Tomado de: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-11063011_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\)/noti-11063011_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-11063011_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad)/noti-11063011_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad).asp), abril 2 del 2012.
 - 4 Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1433. Octubre 23 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Expediente: D-2780 y D-2804.
 - 5 Colombia. Congreso de la República. Ley 547. Diario Oficial No 43.827, de 23 de diciembre de 1999. “*por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la Vigencia Fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre del 2000*”.

pena de quebrantar el *principio de igualdad* y el *mínimo vital*, con efectos fiscales incuestionables sobre la meta propuesta por el Gobierno frente al déficit fiscal del sector público consolidado⁶.

Los extremos ideológicos son claros, de una parte, se le atribuye a la Corte Constitucional la calidad de antidemocrática al **i)** convertirse en ordenador del gasto, **ii)** interferir en las competencias propias del Poder Ejecutivo, **iii)** injerir en la política económica como labor consustancial del Congreso de la República, **iv)** afectar la gestión del Banco de la República **v)** obstaculizar la participación ciudadana y **vi)** aceptar que 9 personas, no elegidas por el voto popular, impidan decisiones ciudadanas apoyadas en millones de firmas a través de los candidatos que ha sido elegidos por el pueblo. Todas son razones que motivan afirmar que existe una dictadura de los jueces siendo esta la más despreciable y peligrosa de todas las posibles, ya que se trata de una minoría aristocrática que aplaca a las mayorías democráticas. Del otro lado, se destaca a la Corte como garante de la democracia, al **i)** ser un control que impide la perpetuidad en el poder en un momento político exacerbado, **ii)** evitar que las reglas electorales se modifiquen en favor del gobernante de turno, **iii)** frenar el empleo de medidas que silencien a los opositores y **iv)** garantizar la vigencia de la Constitución como guardián que de ella es.

1. OBJETO DE INVESTIGACIÓN

La consagración de un catálogo de funciones en la titularidad de las distintas ramas del Poder Público dada por la Constitución, en particular, frente a la formulación de políticas públicas, revela el encuentro de ámbitos de competencia que se enfrentan con un antifaz teórico de colaboración armónica en virtud de: **(i)** los poderes concedidos por el ordenamiento jurídico al Juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales y **(ii)** la discrecionalidad en la determinación de las necesidades sociales otorgada al Ejecutivo para alcanzar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Una colisión de conceptos que se presenta por la necesidad de una redefinición de esa armonía que se predica constitucionalmente o por la resistencia a la debida comprensión sobre las funciones de los Poderes Públicos, las cuales tienen límites entre sí.

6 MORENO VELÁSQUEZ, Carolina. “Decisiones económicas de la Corte Constitucional. Estado Social de Derecho, economía y justicia constitucional: una trilogía compleja”. *Revista de Derecho Público. El impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la creación y el desarrollo del derecho*. N° 15, diciembre del 2002. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho y Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho. p. 292-333.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Las órdenes que emite el Juez constitucional en el ejercicio de su competencia, que impactan la formulación de políticas públicas, involucra a todas las actividades que desarrolla el Estado sin límites materiales que deben comprobarse para hacer pertinente su intervención?

Se plantea el enfrentamiento, a manera de duelo, entre las órdenes que profiere el Juez constitucional y una función igualmente constitucional como lo es la formulación de políticas públicas bajo la dirección del Presidente de la República. Decisiones cuyo impacto sobre el tesoro público, de cara a su priorización y manejo, afectan indiscutiblemente su administración: al parecer, si en otrora el Juez no era más que aquel que pronunciaba las palabras de la Ley, como convidado de piedra, ahora es la administración quien debe acatar la agenda que el Juez le presente y en la forma como él lo disponga.

3. HIPÓTESIS

En la actualidad la Jurisprudencia constitucional interviene integralmente en el proceso de formulación de políticas públicas, a través de lo que se han denominado órdenes de tipo simple y complejo (lo cual puede considerarse extraño a una providencia judicial dado su impacto sobre la función ejecutar la Ley), cuestión que le compete identificar, en forma precisa, al Poder Ejecutivo conforme a la Constitución. De allí la necesidad del establecimiento de límites para esta intromisión, porque lo es, a partir del reconocimiento, a la vez, de competencia de la Corte Constitucional pero no en un sentido absoluto, como hasta ahora lo ha venido regulando en sus decisiones.

La Corte Constitucional es competente para emitir órdenes que impacten la formulación de Políticas Públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo, los cuales deben cumplirse en forma conjunta: **(i)** que exista declaratoria de un ECI sobre los hechos objeto de estudio en el caso; **(ii)** de no existir un ECI los hechos deben ser de tal entidad que éste ha de ser declarado en la decisión; **(iii)** debe tratarse de un problema constitucional que recaiga sobre sujetos que ostenten una especial protección constitucional; **(iv)** inexistencia de medidas de carácter positivo que se dirijan a remediar la prolongada violación de los derechos en concreto; **(v)** deben hacerse parte del proceso a todas las entidades sobre las cuales recaerían eventualmente ordenes simples o complejas.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS: UN CONFLICTO DESDE LA TEORÍA DEL ESTADO Y ENTRE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

4.1. RACIONALIZACIÓN EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO, TRIDIVISIÓN DE PODERES

La Constitución Política de 1991, en su contenido articular, detalla una parte *dogmática*, una parte *orgánica* y, adicionalmente, un *catálogo de funciones* en atribución a distintas entidades, confiándoseles alcanzar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Los poderes constituidos son el mecanismo idóneo que el pueblo en ejercicio de la soberanía popular, que es distinta a la del monarca o de la soberanía nacional, decidió establecer para que como verdaderas Instituciones, irradiadas por la misma emisión de poder cada una de ellas, Poder Público, tuviesen igual grado de legitimidad frente a las decisiones que emitan, cualquiera sea la forma que ellas adopten.

El evolutivo resultado final que atrás se describe, se entiende bajo una primera teoría en la que el poder público es uno solo, en el que se encuentra comprendido todo ese conjunto de *actividades* que tienden a satisfacer los fines esenciales del Estado (aunque por el momento histórico no se comprendan en este término e involucre, en exclusiva, los deseos del gobernante), pero sobre las cuales no se tiene orden alguno. El Poder Público entendido desde éste extremo es rechazado por el constitucionalismo y evoca a la memoria el ejercicio unipersonal del poder.

Se descubre posteriormente, el creído punto de equilibrio y se divide el ejercicio de ese Poder Público, de forma radical, en tres partes: poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial. No podían existir intromisiones de uno sobre otro so pena de atentar contra la idea misma del Estado. Cada segmento debía tener delimitada claramente su función, la cual era diferenciable respecto de las atribuidas a las demás ramas del poder.

Estas posturas fueron morigerándose con el paso del tiempo dando origen a una probable tercera posición, en punto de encuentro de las dos anteriores o no, considerándose que al ser el origen de esa tridivisión el *Poder Público*, las ramificaciones que de él se desprenden no pueden perseguir objetos distintos. Si bien se juzgaban como Instituciones con funciones específicas ellas deben articularse para que conjuntamente se alcance el bien común, bienestar general, interés general y similares calificativos, hasta llegar a los fines esenciales del Estado.

El contexto del problema que se estima existe se enmarca en las tesis descrita, sobre alguna de ellas o simultáneamente, siendo de gran importancia determinar cuál de ellas se aplica en Colombia, en forma preliminar al problema jurídico objeto del

presente escrito. Así, el poder puede operar en tres formas: **i)** en unidad absoluta de funciones, bajo la titularidad de una sola institución, **ii)** en fraccionamiento extremo de funciones, en las tres ramas del poder público o **iii)** en ejercicio conjunto de funciones.

Es posible que las maneras como se expone, puede racionalizarse el ejercicio del poder público no sean las únicas. Al respecto, el ejercicio conjunto de funciones puede materializarse de dos maneras: en un **i)** *ejercicio conjunto de funciones sin límites*, caso en el cual los poderes interactúan existiendo intromisiones en las esferas de unos y otros, con el argumento de batalla en el ejercicio de una supuesta “colaboración armónica” como concepto que otorga un manto de legitimidad aceptable, o en un **ii)** *ejercicio conjunto de funciones con límites*, caso en el cual la “colaboración armónica” está presente, bajo ciertas premisas, que no la eliminan pero si la encauzan dentro de un ámbito competencial propio de una tridivisión de poder, de lo contrario ese apoyo no tendría sentido alguno, lo cual aleja la idea del ejercicio omnicompreensivo del mismo en uno solo y erradica caminos de irresponsabilidad frente a materias que corresponden por esencia a un poder en especial. Imaginemos a un Alcalde de la República que declara la nulidad de un acto administrativo mediante Sentencia, la sola idea resulta inconcebible pero si ayuda a entender que hay espacios inviolables y que de aceptarse intromisión alguna debe someterse tal acto a ciertas consideraciones que de ser superadas habiliten la invasión en el ejercicio de funciones.

En forma preliminar debe señalarse que la posición más adecuada en la materia se inclina sobre el último de los planteamientos. Solo con el establecimiento de límites es posible racionalizar el ejercicio del Poder Público para evitar su desviación y garantizar los derechos de las personas. Ineludible resulta la colisión entre las ramas de los poderes públicos porque las *actividades* a las que se ha hecho referencia, en todo caso, giran en torno a derechos y estructura del Estado, por lo que en la discusión siempre existirán estos extremos: de una parte, se hallarán unos órganos que considerarán poseer mayor legitimidad para decidir sobre determinado asunto y, de otro lado, un mandato que desde el artículo 2° constitucional atribuye al Estado y a las autoridades de la República, de manera genérica, una serie de funciones basadas en *conceptos jurídicos indeterminados* sobre los cuales esa tridivisión no puede concebirse en fraccionamientos radicales frente a la protección de los derechos humanos y la dinámica propia del poder. La Constitución es una hoja de ruta dinámica para la garantía de múltiples valores, principios y derechos, es en el recorrido de ese camino que han surgido estos extremos.

Desde la teoría del Estado se ofrecen soluciones al conflicto planteado dependiendo de la ideología propia de cada individuo, la posición que se presenta constituye una

variable más en el discurso del debate argumentativo, debiendo ahora evidenciarse la realidad a nivel constitucional para reforzar la que ahora se hace nuestra.

4.2 LA FUNCIÓN DE FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Constitución exige de la organización y estructura del Estado, en su artículo 113, autonomía e independencia al tiempo que colaboración armónica en los siguientes términos:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. (Subraya fuera del texto original)

La delimitación funcional constitucional en materias como: la atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49), el fomento de las buenas relaciones laborales, contribución a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertación de políticas salariales y laborales (art. 56), la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (art. 226), la promoción, ejercicio y la divulgación de los derechos humanos (art. 282), las políticas de uso del suelo, poblamiento, desarrollo económico y social, inversiones públicas y su debida ejecución en los territorios indígenas (art. 330), la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo (art. 341), el diseño, organización, resultados, políticas y proyectos de inversión de los sistemas de evaluación de gestión de la Administración Pública (art. 343), las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y control, inspección y vigilancia de las entidades que los prestan (art. 370) y la regulación de la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito y servir como agente fiscal del gobierno (art. 371), son políticas que desde el Poder Ejecutivo encuentran un único centro de impulsión o en el que juega un papel protagónico aunque con intensidades distintas.

La evidencia más destacada frente a la naturaleza del Poder al que le corresponde, por consustancial, la formulación de políticas públicas, se encuentra en el inciso 1 del artículo 208, allí se dispone:

Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Pre-

sidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

En otras palabras, el gobierno nacional es el responsable de la formulación de políticas públicas en todas las materias imaginables en un Estado, que no sean propiamente judiciales o legislativas, lo cual se hace extensivo a otras entidades del Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 115 constitucional (governaciones, alcaldías, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del Estado), que así mismo tienen responsabilidades frente a las políticas públicas dada su naturaleza nacional, departamental y municipal.

De otro lado, el Juez constitucional en su labor de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares, está capacitado para emitir ordenes en su fallo que restablezcan el derecho (art. 86), con la posterior competencia de selección eventual de las acciones de tutela por la Corte Constitucional (art. 241-9).

El Decreto 2591 de 1991, uno por los que se reglamenta el proceso constitucional de tutela⁷, frente al alcance de estas órdenes describe múltiples propiedades. Como medida provisional para proteger un derecho, el Juez desde la presentación de la solicitud de tutela puede ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo (art. 7); aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial y el proceso constitucional de tutela sea procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la orden permanecerá vigente durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo la acción instaurada por el afectado. Los efectos de la orden cesan si la persona no instaura la acción del caso dentro de los 4 meses siguientes a partir del fallo.

En el contenido de la petición de tutela cuando la persona no sabe escribir o es menor de edad, casos en los que puede ser ejercida verbalmente, el Juez debe atender inmediatamente al solicitante y ordenar al Secretario levantar acta sin formalismo alguno (art. 14); de requerirse un informe al solicitado siendo ciertos los hechos que lesionan los derechos, puede el Juez ordenar de inmediato información adicional, con las pruebas que sean indispensables (art. 21); la orden de protección del derecho en menoscabo por acción tendrá por objeto garantizar el pleno goce del

7 Colombia. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Decreto 2591. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.*

derecho y volverlo al estado anterior a la violación cuando fuere posible. En el caso de una omisión se ordenará la realización de la acción adecuada sujeta a plazo y, de no ejecutarse, el Juez puede disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se trata de una mera conducta o actuación material o de una amenaza, se ordena la inmediata cesación y la contención de toda nueva forma de violación. Finalmente, en lo que constituye una cláusula abierta de actuación, el Juez podrá establecer los demás efectos del fallo para el caso concreto (art. 23).

Frente al escenario de la reparación del daño causado al derecho, el Juez de oficio tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación se hace ante el Juez competente y sobre todos los perjuicios en trámite incidental dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia (art. 25); en el cumplimiento del fallo que debe acogerse sin demora dentro de las 48 horas, si no es acatado en la forma indicada puede el Juez dirigirse contra el superior del responsable para que lo haga cumplir y abra el correspondiente proceso disciplinario, si se agotan otras 48 horas ordenará abrirlo contra el superior y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del fallo. Así mismo, podrá sancionar por desacato al responsable y al superior que incumplan la sentencia. Aquí se reitera la cláusula abierta de competencia del Juez de tutela para establecer los demás efectos del fallo para el caso concreto manteniendo su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza (art. 27).

El contenido del fallo, que debe ser proferido dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, debe indicar entre otras, la orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela y si la violación o amenaza deriva de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial debe ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto (art. 29).

En el trámite de impugnación el Juez competente estudia el contenido de la petición de tutela cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo, siéndole posible solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente (art. 32); quien incumple la orden de un Juez proferida con base en el Decreto incurre en desacato sancionable con arresto hasta de 6 meses y multa hasta de 20 SMLMV, salvo que se haya señalado consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a lugar (art. 52)⁸.

8 Las normas que han sido transcritas del texto constitucional y el Decreto 2591 de 1991 fueron tomadas de la página web del Congreso de la República www.secretariassenado.gov.co, consultada en noviembre 23 del 2012.

Todos los contenidos normativos señalados se enfrentan, principalmente, porque la salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales implica erogaciones económicas y su protección no solo se alcanza en comportamientos de abstención por el Estado. Las políticas públicas, en gran medida, buscan satisfacción de derechos y el desinterés que la agenda de gobierno, en ocasiones, enseña frente a determinadas materias al no ser atendidas o serlo en forma precaria, han sido los argumentos de batalla para interferir en una función que, al parecer, resulta no ser tan exclusiva. Sin embargo, la fijación de esferas de acción es necesaria y la decisión judicial ajustada a los casos en que realmente se justifica una intervención.

La injerencia sobre políticas públicas no puede ser materia desordenada, asistemática, e inesperada como ocurre en la declaración formal del Estado de Cosas Inconstitucional, en donde circunstancias que ameritarían tal declaratoria no la alcanzan⁹ por criterios desconocidos, una evidencia de ello se encuentra en el caso de la Sentencia de Tutela 760 del año 2008 frente al derecho a la salud y su realidad gravísima de estructura en la prestación del servicio¹⁰; o en el cual eventos particulares forzosamente lo han sido, como sucedió en el caso de la Sentencia de Unificación 250 del año 1998 frente a la observancia de concurso público para el nombramiento de notarios¹¹. Hasta aquí descripción suficiente del contexto en relación al objeto, problema jurídico e hipótesis de investigación.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS: EVIDENCIA DE UN DEBATE VIGENTE EN LA DOCTRINA

La sensibilidad del cuestionamiento se revela en las órdenes que en estas decisiones se adoptan y que tienen injerencia directa sobre el cómo se debe priorizar el gasto del tesoro público, el manejo del presupuesto, que desde siempre ha sido

-
- 9 Al respecto puede ser consultado: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “¿cuándo cesa el Estado de Cosas Inconstitucional en el desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional” En: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Universidad de Los Andes y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR. 2010. p. 434-492.
- 10 Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia de Tutela 760. Julio 31 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326.
- 11 Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 250. Mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-134192.

trabajo discrecional del Poder Ejecutivo, él es quien ha identificado variables y determinado la agenda como labor consustancial de su razón de ser. Sin embargo, aparentemente eso ha cambiado y el Juez constitucional es protagonista de algo que parece extraño a una decisión judicial, ¿de dónde saca el Juez su competencia para decidir a semejante tenor?, ¿son estas decisiones verdaderas políticas públicas o parte de su formulación?, ¿las órdenes que se emiten en éstas decisiones por el Juez constitucional y de tutela son avaladas por el ordenamiento jurídico? Todos son aspectos que pueden alcanzar resolución aunque no en términos absolutos.

El debate no es pacífico a nivel doctrinal, evidenciando un segmento del mismo, ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ, enfáticamente señala:

“La historia nos muestra que entre más prolijos sean los catálogos de derechos y garantías constitucionales, peores suelen resultar las condiciones de vida de los nacionales”

La justicia constitucional no es un buen medio para redistribuir el ingreso nacional y su intervención desmedida en dicho reparto reducirá la tasa de crecimiento de tal ingreso y hará más inequitativa su distribución.

La asignación de los derechos “de última generación” a través de la justicia constitucional tenderá a desinstitucionalizar al Estado y a convertir a la Corte Constitucional en lo contrario de lo que debería ser.

¿Qué hacer? Ciertos aspectos de la justicia constitucional deben reformarse. Mientras ello ocurre, y con el fin de hacer menos necesarias tales reformas, la Corte debe replantear ciertas visiones mesiánicas que le han ido poseyendo y retomar muchos elementos de su jurisprudencia que son consistentes con una relación respetuosa con las demás ramas del poder público.

Conclusión: La tendencia dominante de nuestra justicia constitucional corresponde a una visión política que se llama “democracia epistemológica”. Esta visión debemos reemplazarla por la “democracia procedimental”. También debemos apelar al sentido común en los fallos de la justicia constitucional.”¹²

Frente a las apreciaciones definidas, habrá de tenerse presente que encuentran la razón con profundo fundamento, y quizás nuestro juicio se parcialice, la contundencia de las afirmaciones poseen esa virtud. No obstante, para confrontar los argumentos en igualdad de armas resultará pertinente lo expuesto por CARLOS BERNAL PULIDO al desarrollar el tema del “fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales” apoyado en las tesis de los doctrinantes FERNANDO ATRIA y ROSENCRANTZ al siguiente tenor:

12 NÚÑEZ, Antonio José. *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Legis Editores S.A. 2005. p, 6, 11, 30, 40, 49.

“Si no es posible exigir judicialmente los derechos sociales, y si además el Estado no puede satisfacer todas las pretensiones que implican, estos derechos están condenados a “mantenerse como una promesa incumplida”. El efecto perverso de éste fenómeno es la devaluación de “las otras promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos”¹³

El panorama se describe en semejanza a una cadena o en efecto de castillo de naipes que se derrumba. Líneas atrás se indicó que el problema jurídico planteado afecta derechos, lo señalado por BERNAL PULIDO lo ratifica. Los efectos que se pronostican sobre la realidad del Estado como concepción están en juego porque la no satisfacción de las pretensiones que involucran derechos, ejemplo: la no vigencia en la vida de un derecho de tercera generación, traerá para todo el sistema de derechos, la probable inobservancia de un derecho de segunda generación, el estado gaseoso de un derecho de primera generación y viceversa, cualquiera sea el orden en que se quiera presentar el derecho en secuencia de su vulneración.

Las tesis que se enfrentan son radicales, la medida equidistante entre el exceso y la falta pareciera no evidenciarse. Poco después de su entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional se suscitó esta problemática en el derecho colombiano y desde ésta época al 2012, han sido numerosas las decisiones que enfrentan ese ámbito de competencia en lo que pareciera ser una intromisión al poder ejecutivo encontrándose a los jueces entre el derecho y la política¹⁴.

Diremos, acompañado a la hipótesis, que el imperio de la Constitución, la vigencia de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial que se acompaña junto a instrumentos idóneos, no puede sujetarse a decisiones de los gobiernos, aunque los requerimientos presupuestales sean exigentes. El carácter programático de los derechos prestacionales no puede originar una condena para su vigencia en la vida de las personas. Es así como la Corte Constitucional frente a los derechos que generan prestaciones programáticas ha señalado que estos imponen un itinerario a la administración para el diseño de políticas públicas que de a poco aseguren su cumplimiento, el cual se asegura a través de procesos de ejecución compleja y de ejecución simple de los mandatos constitucionales.

13 BERNAL PULIDO, Carlos. “fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”. *El Derecho de los Derechos*. Primera edición – Quinta reimpresión. Bogotá D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2008. p. 291.

14 Al respecto: FERREJOHN, John. ANSOLABEHERE, Karina. DALLAS VIA, Alberto Ricardo. UPRIMMY YEPES, Rodrigo. *Los Jueces: Entre el Derecho y la Política*. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). 2008.

6. CORTE CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: COMPETENCIA INNEGABLE

La Corte Constitucional en su providencia que incluye autos, sentencias de tutela, unificación de tutela y de constitucionalidad, hasta el año 1997 no desarrolló temáticas que involucraran el concepto de política pública. Luego de ésta fecha, con especial profundidad a partir del año 2000, ha sido robusto el número de decisiones que han asumido ésta institución jurídico-política y las materias sobre las que ha injerido son variopintas, sin criterio de selectividad alguno u criterio orientador. La discrecionalidad puede ser asimilada a la del procedimiento de selección eventual que de los fallos de tutela hace la Corte para su revisión.

La función que en lectura de las normas referidas se descubre, reitero, se encuentra preferiblemente allegada a la rama ejecutiva del Poder Público. Sin embargo, frente a decisiones del Juez constitucional, esa afirmación resulta poco sostenible o debe ser comprendida en interpretación conforme a la Constitución y la actualidad del derecho. En este sentido, se considera que existen tres posiciones jurisprudenciales en la materia en punto de órdenes que afectan la función ejecutiva.

6.1. POSICIÓN RESPETUOSA DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

En este postulado el Juez de tutela considera que **i**) a pesar de no existir una política pública para los hechos de afectación en concreto o **ii**) se desarrollan esfuerzos previos dirigidos a darle solución (ejemplo: formación de reglamentos, proyectos de diseño, análisis técnicos y presupuestales, estudio de conveniencia, declaraciones públicas), no puede pensarse como ineficaz un mecanismo que aún no se ha adaptado y forzar la implementación de decisiones; constreñir la anticipación de todo ese proceso de formulación, podría tener como efecto práctico la pérdida de etapas que ciertamente harían eficiente, eficaz y ajustada a las normas, la solución de problemas sociales con la posible supresión de utilidades genéricas que podría tener la política¹⁵.

Existen limitaciones frente a lo que se puede ordenar mediante la tutela porque el Juez de esta acción constitucional no es ordenador del gasto ni coadministrador de la gestión ni de la política del Ejecutivo, no se puede ordenar a los funcionarios encargados que cumplan programas para los que no hay recursos, las limita-

15 Solución del Juez de Instancia en el proceso constitucional en: Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 595. Agosto 1 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: T-444377.

ciones presupuestales no se pueden salvar por tutela y no puede ordenarse que se desembolsen dineros, no se pueden cumplir funciones asignadas a otras entidades, se debe esperar que existan los recursos suficientes para cada programa¹⁶.

Este extremo del debate goza de fundamento constitucional en la norma transcrita y no puede ser descartado a primera vista, existen férreos seguidores de esta corriente.

6.2. POSICIÓN RESPETUOSA MODERADA DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

La accesibilidad de las rutas alimentadoras del servicio público de transporte para los usuarios en sillas de ruedas¹⁷, la falta de afiliación por las entidades territoriales del personal docente a un fondo de prestaciones sociales habiendo estos realizado los pagos correspondientes¹⁸, la ausencia de medidas de protección de los defensores de derechos humanos recluidos en establecimientos carcelarios ordinarios¹⁹, la no convocatoria a concurso abierto para nombramiento de Notarios²⁰ y la ineficiente prestación del servicio público de salud²¹, son algunas de las materias en las que se identifica la vigencia de esta teoría.

Bajo esta creencia el Juez de tutela frente a la solución directa de los problemas fácticos que se le presentaron, que exigían en ocasiones, transformación o reconstrucción de infraestructura, consideró que no tenía competencia para remover las cargas excesivas que se imponen a las personas, es decir, no indicó el medio específico por el que se ha de garantizar el ámbito de protección de los derechos fundamentales, así se tratara de sujetos que ostentan una protección constitucional

16 Solución del Juez de Instancia en el proceso constitucional en: Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-653010.

17 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 595. Agosto 1 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: T-444377.

18 Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 559. No se indica el día y mes del año 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-115839 y T-116052.

19 Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 590. Octubre 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-174150.

20 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 250. Mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-134192.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 1695. Diciembre 7 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente: T-357177, T-374536 y T-385529.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 373. Mayo 15 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D-3778.

21 Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 935. Octubre 31 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-619615.

especial y se reconozca diferencias que de hecho existen entre estas, porque la forma como ellas han de ser afrontadas le corresponde determinarla a la Administración Pública. En estos casos, la solución dirigida a la entidad en concreto se limitó a la concesión de un lapso de tiempo (entre 1 y 2 años una vez emitida la decisión) para la formulación de la política pública en toda su dimensión, que son procesos de ejecución compleja de los mandatos constitucionales. Ese fue el alcance dado a la progresividad.

El espacio temporal que se otorga se soporta en criterios que reconocen una dimensión positiva de los derechos en juego. Esta perspectiva es consciente de que el goce efectivo de los derechos no solo se alcanza con el freno de ciertas acciones del Estado o con su inactividad porque hasta los derechos considerados en teoría clásica como de dimensión negativa o defensiva, por constituir un límite al ejercicio del poder del Estado, poseen una faceta prestacional. En otros términos, al identificar soluciones que se traducen en gastos que imposibilitan la satisfacción instantánea e inmediata, plena e integral del derecho, al comprometer decisiones dentro del marco de la participación democrática sobre inversión pública que requiere diseño, planificación, apropiación y destinación de recursos, implementación, ejecución, evaluación y, en consecuencia, requieren de gasto público, gradualmente se deben ir implementando las políticas que aseguren los derechos ya que deben reconocerse elementos económicos que permitan su realización.

El anterior fue uno de los procederes adoptados por la Corte cuando la entidad demostró que ha sido “activa” en el cumplimiento de su función en un análisis integral de la actividad desarrollada o aunque frente a la situación del derecho en concreto haya existido inacción continuada y absoluta que se excusaba en el carácter progresivo de la prestación que se materializa, no hay otra forma, a través de políticas públicas (programas, planes).

El cumplimiento de estas decisiones se alcanzó con la obligación de la entidad accionada de *informar* al accionante, con cierta periodicidad en el tiempo concedido, los avances de la política en sus diferentes fases, porque la existencia de la política pública debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo del derecho y ser sensible a la *participación* ciudadana cuando así lo ordenen la Constitución y la Ley. Así mismo, comunicando a los entes de control y vigilancia para lo de su competencia ha perseguido el cumplimiento. Finalmente, si bien políticas concretas requieren desarrollos normativos para su cumplimiento a cabalidad y no han sido expedidas las medidas que garanticen su adaptación progresiva, podría existir carencia de exigibilidad legal más no constitucional, imposibilitándose supeditar los derechos fundamentales a las decisiones gubernamentales o administrativas.

6.3. POSICIÓN IRRESPETUOSA DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

La situación de las personas víctimas del desplazamiento forzado²², las fallas de organización y procedimiento para resolver las peticiones de reconocimiento, reliquidación y pago de pensiones²³, las condiciones extremas de hacinamiento para los reclusos en los establecimientos carcelarios del país²⁴ y sus consustanciales problemas endémicos en salud²⁵ y la mora permanente en el pago de mesadas pensionales²⁶, son algunas de las materias en las que se identifica la vigencia de esta teoría.

-
- 22 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: expediente T-653010 y acumulados.
- 23 Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 068. Marzo 5 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: acumulados T-144.670, T-146.357, T-146.730, T-149.307 y T-149.514.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 438. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167020.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 439. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167262.
- 24 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 153. Abril 28 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-137.001 y T-143.950.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 256. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259277.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 257. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259279.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 847. Julio 6 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-286.434.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 1077. Octubre 11 del 2001. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-487104.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 157. Marzo 5 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-3663.
- 25 Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 606. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174024.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 607. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174025.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 583. Octubre 29 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: T-167793 y T-170396.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 530. Julio 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-201780.
- 26 Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 525. Julio 23 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-213190, T-215732, T-215733, T-215769, T-215774, T-215775, T-218743, T-218772, T-221132, T-221143, T-221145, T-221148, T-221155, T-221769, T-223239, T-223240 y T-221152

Bajo esta corriente el Juez de tutela frente a la solución directa de los problemas fácticos que se le presentaron, al enfrentar unos hechos de vulneración múltiple, masiva y continua de derechos fundamentales, consideró que la Administración debía fijar una meta presupuestal para cumplir con la política pública en su totalidad, sin indicar el monto, asegurando que, en todo caso, debía protegerse el goce efectivo de los mínimos de los que depende el derecho a la vida en condiciones de dignidad, ante la afectación de los derechos reconocidos, el volumen de recursos efectivamente destinados para su atención y la capacidad institucional para ejecutar los mandatos constitucionales y legales. Para los efectos se debía, por ejemplo en materia de política pública de atención a población desplazada: definir la situación actual de la población, estableciendo prioridad en los programas de atención en ayuda humanitaria, vivienda, restablecimiento socioeconómico y en la resolución de fondo, clara y precisa de las peticiones presentadas por las víctimas.

En estos casos, la solución dirigida a la entidad en concreto, en un principio, concedió un lapso de tiempo (5 días - 8 días - 15 días - 47 días - 3 meses - 6 meses - 1 año) para el diseño o reformulación de la política pública en todos los ámbitos. Podría afirmarse que en el texto de las sentencias, un punto diferencial radical de las órdenes se encuentra, frente a las otras teorías, en el llamado a un número nutrido de instituciones del Estado a la formulación de tareas precisas y abstractas aunque se continúe sin indicar directamente el cómo debe resolver la situación aunque le exija evidencia presupuestal. Posteriormente, ha sido a través de los *autos de seguimiento* que las órdenes inicialmente impartidas se tornan irrespetuosas, ejemplo: cuando se ordena la creación de 13 programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública²⁷, se interfiere en forma directa sobre la forma como

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 090. Febrero 2 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-169932, T-169934, T-170166, T-170566, T-171920, T-173914, T-185397, T-187333, T-188114, T-188115, T-191701, T-191707, T-194484 y T-202478.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 547. Mayo 24 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente: T-429818.

27 Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Auto 092. Abril 14 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: sentencia T-025 del 2004. Los programas que debían crearse fueron: a. El Programa de Prevención del Impacto de Género Desproporcionado del Desplazamiento, mediante la Prevención de los Riesgos Extraordinarios de Género en el marco del Conflicto Armado; b. El Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas; c. El Programa de Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Comunitaria contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas; d. El Programa de Promoción de la Salud de las Mujeres Desplazadas; e. El Programa de Apoyo a las Mujeres Desplazadas que son Jefes de Hogar, de Facilitación del Acceso a Oportunidades Laborales y Productivas y de Prevención de la Explotación Doméstica y Laboral de la Mujer Desplazada; f. El Programa de Apoyo Educativo para las Mujeres Desplazadas Mayores de 15 Años; g. El Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas; h. El Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Indígenas Desplazadas; i. El Programa de Protección de los

deben enfrentarse los hechos que son objeto de formulación de la política pública. El impacto económico en la creación de estos programas seguramente se tornaba gigantesco y su necesidad práctica cuestionable.

Bajo el manto del principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas de poder y los deberes de protección efectiva de los derechos fundamentales o su plena realización, pretende la Corte Constitucional escudar lo majestuoso o infortunado de sus órdenes y adquirir competencia para su emisión, sin importar la característica del mandamiento en concreto. En este sentido manifiesta:

Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes... Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional... Esta decisión respeta las prioridades fijadas por el Legislador y por el Ejecutivo y el ejercicio de las autoridades nacionales y territoriales responsables que definieron el nivel de sus propios compromisos, pero exige que éstas adopten a la mayor brevedad posible los correctivos que sean necesarios para que dicho estado de cosas inconstitucional sea remediado²⁸.

La cortina de humo para algunos o el fundamento constitucional para otros, frente a la formulación de la política y su injerencia en estas decisiones se expresa así mismo en los siguientes términos:

No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado.

Derechos de las Mujeres Afrodescendientes Desplazadas; j. El Programa de Promoción de la Participación de la Mujer Desplazada y de Prevención de la Violencia contra las Mujeres Desplazadas Líderes o que adquieren Visibilidad Pública por sus Labores de Promoción Social, Cívica o de los Derechos Humanos; k. El Programa de Garantía de los Derechos de las Mujeres Desplazadas como Víctimas del Conflicto Armado a la Justicia, la Verdad, la Reparación y la No Repetición; l. El Programa de Acompañamiento Psicosocial para Mujeres Desplazadas; m. El Programa de Eliminación de las Barreras de Acceso al Sistema de Protección por las Mujeres Desplazadas.

28 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: expediente T-653010 y acumulados.

No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se esté ordenando un gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional, como pasa a verse²⁹.

El cumplimiento de estas decisiones se pretendió alcanzar con la obligación de la entidad accionada de *ofrecer* a las asociaciones de desplazados oportunidades de participación en forma efectiva en las decisiones que se adoptan con el fin de superar el ECI e *informar* mensualmente de los avances alcanzados. Así mismo, al Defensor del Pueblo se le encargó efectuar seguimiento al cumplimiento de las órdenes informando a la opinión de los avances y dificultades, y al Procurador General de la Nación frente a lo anterior y la vigilancia en la actuación de las autoridades. De otro lado, la Corte Constitucional señaló que mantiene la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza, para lo cual puede continuar estableciendo los demás efectos del fallo en el caso. Posteriormente, en autos se estableció este deber de información respecto de ACNUR, CODHES, entre otros.

El problema que enfrenta, de un lado, el principio de legalidad del gasto público, con sus dos momentos distintos dentro del proceso presupuestal³⁰, que limita la asignación de recursos para la población desplazada, frente a los alcances de los derechos establecidos en la Ley³¹, por otra parte, no pueden significar una modificación de estos últimos contenidos. Al ser la atención a esta población urgente la

29 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: expediente T-653010 y acumulados.

30 La Corte Constitucional en la Sentencia T-025 del 2004, señala que éste principio opera en dos momentos: i) al elaborarse la Ley anual y ii) en la ejecución del presupuesto. Señala la Corte: Finalmente, para verificar el principio de legalidad del gasto en esta fase de ejecución, la ley exige la constancia de disponibilidad presupuestal previa a la realización del mismo, la cual acredita no solamente la existencia de la partida correspondiente en la ley anual de presupuesto, sino la suficiencia de la misma al momento de hacer la erogación, es decir, que no se encuentre agotada.

31 Colombia. Congreso de la República. Ley 387. Julio 18 de 1997. Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997. “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención,

Corte atribuyó la calidad a la asignación de recursos en esta materia como de “prelación”, “gasto prioritario”, lo cual permite una suficiente apropiación presupuestal, si existe decisión administrativa. En un principio, el gasto social y de atención a la población marginada es un gasto prioritario y las erogaciones necesarias para la política de atención al desplazamiento se equipararon a este. Posteriormente, se dio a este último carácter prevalente sobre aquel.

La “cláusula de erradicación de las injusticias presentes” denominación sinónima a la “política públicas para la atención de la población desplazada”, reconocen el avance gradual y progresivo hacia el pleno goce de los derechos como característica de las formas que se adoptan en la estrategia de la política, sin que por tal razón, pueda quedar indefinidamente aplazado en la agenda estatal. En este escenario las medidas a favor de grupos marginados, conocidas también como medidas afirmativas, medidas de acción afirmativa, entre otras denominaciones propias, se indican como indispensables para la satisfacción plena de los derechos.

7. CORTE CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: COMPETENCIA INNEGABLE PERO LIMITADA.

La necesidad de límites para el ejercicio de una función no es una cuestión meramente caprichosa, las teorías que se presentan en las decisiones judiciales que se analizaron evidencian un encuentro frentero entre posturas ideológicas que deben encontrar un punto medio que defina un ámbito de acción que reconozca la existencia de pares igualmente legitimados para acompañar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Las variables que se exponen como límites no encuentran un fundamento en Ley alguna, reglamentación o disposición constitucional gramatical expresa. La evolución del derecho luego de más de 20 años de Constitución y jurisprudencia derivada de ella, permite descubrir determinados criterios que pueden constituir estos límites. Ratificando lo expuesto en líneas anteriores: la Corte Constitucional es competente para emitir Órdenes que impacten la formulación de Políticas Públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo: *(i)* que exista declaratoria de un ECI sobre los hechos objeto de estudio en el caso; *(ii)* de no existir un ECI los hechos deben ser de tal entidad que éste debe ser declarado

protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.

en la decisión; **(iii)** debe tratarse de un problema constitucional que recaiga sobre sujetos que ostenten una especial protección constitucional; **(iv)** inexistencia de medidas de carácter positivo que se dirijan a remediar la prolongada violación de estos en concreto; **(v)** deben hacerse parte del proceso a todas las entidades sobre las cuales recaerían eventualmente ordenes simples o complejas.

De tal forma que la competencia interventora surge cuando los límites fijados se cumplen concomitantemente. La intensidad de las órdenes en teoría respetuosa moderada e irrespetuosa es absolutamente discrecional una vez se alcanza el cumplimiento de los requisitos señalados, la protección urgente o suave de los derechos será el criterio para definir si se ordena la formulación de una política pública en forma abstracta o se fijan procederes específicos para el actuar de la Administración.

7.1. EXISTENCIA EN LA DECLARATORIA DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL SOBRE LOS HECHOS OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Particular resulta el intento de definición de un ECI. Lo inconstitucional no es una norma del ordenamiento jurídico en contraste con la Constitución, son los hechos que involucran la violación de derechos fundamentales en intensidad profunda, los que se contrastan con los contenidos de la Constitución.

En un estudio nuestro, en proceso editorial publicado recientemente, frente a la real utilidad de la declaratoria formal de un ECI para el caso del desplazamiento forzado, se cuestionó sobre el impacto práctico de tal decisión ya que al examinar la jurisprudencia antecedente a la Sentencia de Tutela 025, se descubrió que la Corte antes de declararlo ya emitía ordenes de tipo simple y complejo con la misma naturaleza de las posteriores, interfiriendo en la agenda de la Rama Ejecutiva del Poder Público y su función constitucional en materia de formulación de políticas públicas. De allí que se afirme que tal institución le sirve para poco al Juez ya que sin ella puede hacer todo lo que sea posible para la protección efectiva de los derechos³².

La realidad de las expresiones anteriores que son ciertas, aunque pueden encontrar la razón no lo hacen con carácter absoluto, otros estudios arrojan indicios que respaldan una utilidad práctica de la figura. Continuando en la tragedia del desplazamiento forzado, con anterioridad a la Sentencia de Tutela 025 del año 2004, la Corte profirió tan sólo 20 providencias atinentes, poco más de una por año, 1.53. No se

32 YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. "El desplazamiento forzado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1991-2003): momento previo a la declaratoria formal del Estado de Cosas Inconstitucional". *Revista Justicia*. Volumen 23. Enero-junio. 2013. Barranquilla, Colombia. Universidad Simón Bolívar.

emitió Auto alguno al respecto, una Sentencia de Unificación, cuatro Sentencias de Constitucionalidad y quince Sentencias de Tutela. Una vez declarado formalmente el ECI, a diciembre 31 del 2011, se han emitido doscientos treinta y seis Autos, no se profirieron Sentencias de Unificación, seis Sentencias de Constitucionalidad y ciento cincuenta y cuatro Sentencias de Tutela, para un total de 396 decisiones aproximadamente. Es decir, en trece años (1991-2003) fueron emitidas veinte decisiones en la materia³³; en apenas ocho años (2004-2011) trescientas noventa y seis³⁴,

- 33 Las decisiones que adoptó la Corte Constitucional en el periodo de tiempo comprendido entre el año 1991 y 2003, lo cual constituye línea jurisprudencial frente al desplazamiento forzado fueron: T-160/94, C-225/95, T-227/97, T-733/98, T-1132/00, SU-1150/00, T-1635/00, C-177/01, T-258/01, T-327/01, T-1346/01, T-098/02, T-215/02, C-232/02, T-268/03, C-400/03, T-419/03, T-602/03, T-721/03 y T-985/03.
- 34 Las decisiones que adoptó la Corte Constitucional en el periodo de tiempo comprendido entre el año 2004 y 2011, lo cual constituye línea jurisprudencial frente al desplazamiento fueron: T-025/04 y sus 5 anexos, T-078/04, A-019/04, T-327/04, A-050/04, A-087/04, T-740/04, T-770/04, T-813/04, A-138/04, T-1094/04, A-185/04, T-097/05, T-175/05, T-312/05, T-563/05, T-589/05, A-140/05, T-882/05, A-176/05, A-177/05, A-178/05, T-988A/05, A-203/05, A-205/05, T-1076/05, T-1144/05, T-086/06, T-138/06, T-585/06, T-620/06, A-218/06, A-230/06, T-754/06, A-266/06, T-919/06, A-316/06, A-333/06, A-334/06, A-335/06, A-336/06, A-337/06, A-348A/06, A-005/07, A-027/07, A-037/07, A-049/07, T-136/07, A-058/07, A-081/07, A-082/07, C-278/07, A-084/07, A-101/07, A-102/07, A-103/07, T-328/07, T-334/07, A-109/07, A-130/07, A-131/07, T-496/07, A-167/07, A-169/07, A-170/07, A-171/07, T-611/07, A-200/07, A-206/07, A-207/07, A-208/07, T-630/07, A-218/07, A-219/07, A-233/07, A-234/07, A-236/07, A-248/07, A-249/07, A-250/07, A-251/07, T-771/07, T-800/07, T-821/07, A-262/07, T-895/07, A-278/07, T-966/07, T-1067/07, A-309/07, A-002/08, A-011/08, T-156/08, A-052/08, A-053/08, A-054/08, A-068/08, A-072/08, T-285/08, A-077/08, A-082/08, T-297/08, A-083/08, A-092/08, A-093/08, T-364/08, T-391/08, A-107/08, A-110/08, A-111/08, T-451/08, A-116/08, A-117/08, T-458/08, T-476/08, T-496/08, T-506/08, T-559/08, T-560/08, T-585/08, T-597/08, T-599/08, T-605/08, T-647/08, T-682/08, T-704/08, T-721/08, T-725/08, T-787/08, T-817/08, A-202/08, T-868/08, T-869/08, A-237/08, A-248/08, A-250/08, A-255/08, A-261/08, A-284/08, T-1095/08, T-1105/08, A-306/08, T-1134/08, T-1135/08, A-335/08, A-381/08, A-004/09, A-005/09, A-006/09, A-007/09, A-008/09, A-009/09, A-010/09, A-011/09, A-019/09, T-038/09, T-042/09, T-064/09, A-062/09, T-085/09, T-142/09, T-215/09, T-299/09, T-317/09, A-200/09, A-201/09, A-203/09, A-204/09, A-205/09, C-372/09, A-210/09, T-397/09, A-222/09, A-225/09, A-230/09, T-495/09, T-541/09, T-585/09, T-600/09, A-266/09, T-620/09, T-630/09, T-690A/09, T-718/09, T-719/09, T-739/09, T-742/09, A-300/09, A-314/09, A-320/09, T-828/09, T-878/09, T-882/09, T-885/09, T-967/09, T-044/10, T-045/10, T-068/10, T-085/10, T-099/10, T-106/10, T-150/10, T-169/10, T-177/10, T-179/10, T-211/10, T-222/10, T-265/10, T-284/10, T-367/10, T-372/10, T-447/10, T-448/10, T-458/10, T-473/10, A-111A/10, A-112/10, A-113/10, A-114/10, A-115/10, A-116/10, A-117/10, A-118/10, A-119/10, A-120/10, T-515/10, A-126/10, A-128/10, A-129/10, A-130/10, A-131/10, A-132/10, A-133/10, A-134/10, A-135/10, A-136/10, A-137/10, A-138/10, A-139/10, A-140/10, A-141/10, A-142/10, A-143/10, A-144/10, A-145/10, A-146/10, A-147/10, A-152/10, A-153/10, A-154/10, A-155/10, A-156/10, A-157/10, A-158/10, A-159/10, A-160/10, A-161/10, A-162/10, A-163/10, A-164/10, A-165/10, A-166/10, A-167/10, A-168/10, A-169/10, A-170/10, A-171/10, A-172/10, A-173/10, A-174/10, A-175/10, A-176/10, A-177/10, A-178/10, A-179/10, A-180/10, A-181/10, A-182/10, A-183/10, A-184/10, A-185/10, A-186/10, A-187/10, A-188/10, A-189/10, A-190/10, A-190A/10, A-191/10, A-192/10, A-193/10, A-194/10, A-195/10, A-196/10, A-197/10, A-198/10, A-199/10, A-207/10, A-211/10, A-212/10, A-213/10, A-214/10, A-215/10, A-216/10, A-217/10, A-218/10, A-219/10, A-220/10, A-221/10, A-222/10, T-573/10, A-250/10, A-252/10, A-253/10, A-254/10, A-255/10, A-256/10, A-257/10, A-258/10, A-259/10, A-260/10, A-271/10, A-272/10, A-273/10, A-274/10, A-275/10, T-623/10, T-627/10, A-295/10, T-665/10, T-677/10, T-726/10, T-746/10, A-322/10, A-336/10, T-873/10, A-360/10, T-922/10, A-382/10, A-383/10, A-384/10, A-385/10, T-1044/10, T-076/11, T-088/11, A-034/11,

36 por año, lo cual traduce un aumento de 2352%. La explosión jurisprudencial a partir de esta fecha es indiscutible, siendo el ECI la causa de tal natalidad. Si todo ese cúmulo de decisiones se dirige a dar solución a un ECI resulta forzado pensar que ningún efecto se derive del él³⁵.

En forma cierta y de aquí su gran valor, esta institución cumple el papel de velo protector en la configuración de órdenes que afectan presupuestalmente a una entidad, en virtud de la cual el Juez puede ingerir sobre la política pública respectiva en cualquiera de sus etapas de formulación y no se excederá en el ejercicio de sus funciones, es como si el Estado de Cosas le generara una habilitación constitucional al Juez que le brinda la confianza y convicción de que en virtud de él puede hacer todo en cuanto sea posible para la protección efectiva del derecho más allá de los contenidos específicos del Decreto 2591 de 1991, expuestas en el numeral 2.2 de la presente investigación³⁶.

7.2. ANTE LA INEXISTENCIA DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL LOS HECHOS DEBEN SER DE TAL ENTIDAD QUE HAN DE SER DECLARADOS EN LA DECISIÓN

El Poder Ejecutivo posee una amplia gama de herramientas que le permiten interactuar en forma cotidiana con los coasociados y el Poder Legislativo. Solo cuando ese conjunto de prerrogativas sean insuficientes o prolongadamente inanes para dar solución a los conflictos presupuestales, de garantía y voluntad política, puede el Juez intervenir en la función de formulación de políticas públicas. La habilitación la otorga la declaratoria formal del ECI que bajo el cumplimiento de todos los presupuestos indispensables para su consagración en la Sentencia, avalan la injerencia judicial.

T-141/11, T-159/11, A-061/11, T-282/11, T-318/11, T-356/11, T-402/11, T-412/11, A-088/11, A-089/11, A-090/11, A-091/11, A-093/11, A-094/11, T-429/11, A-100/11, A-114/11, A-124/11, A-141/11, T-564/11, T-565/11, T-566/11, A-157/11, A-158/11, T-582/11, A-174/11, T-606/11, T-610/11, T-697/11, A-219/11, A-223/11, A-232/11, T-853/11, T-856/11, T-874/11, A-253/11, A-274/11.

35 YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. "El desplazamiento..." Op. cit.

36 Esta afirmación fue presentada en conferencia impartida en Foro realizado en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal el día 28 de noviembre del 2012. La disertación se intituló: *desplazamiento forzado y acciones en la reparación del daño*. Puede ser consultada en: <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/index.html>.

7.3. DEBE TRATARSE DE UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL QUE INVOLUCRE SUJETOS QUE OSTENTAN UNA ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La igualdad de todos ante la Ley, que es un postulado indiscutible, sucumbe ante la igualdad que predica la Constitución, al respecto es pertinente citar la reflexión expuesta por el maestro DAGOBERTO CHARRY RIVAS, en uno de los encuentros que anualmente convoca el ICDP, allí en forma sublime se abarca la materia más allá de cualquier explicación extensa de artículos de normas o teorías de Estado:

“...y ahí una cosa bellísima en un salvamento de voto de la sentencia 543 que tuvo como ponente a José Gregorio Hernández, que es una sentencia hito porque mantuvo la preceptuación romana de que no cabía tutela contra las sentencias que habían hecho tránsito a cosa juzgada. Dicen ellos, los magistrados que salvaron el voto, en una profunda decisión judicial, que no se convirtió en mayoría, pero que mantiene fresca la inteligencia de nuestros alumnos: “merced a la interpretación de la Ley hemos podido pasar de formas tozudas y míticas a reflexiones racionales y humanitarias. Pudimos pasar del oráculo, óigame bien, en Babilonia y en Grecia, al juez civil, pudimos en el siglo XVIII superar las ordalías y los juicios de Dios y los velos para pasar a formas racionales y el descubrimiento de la verdad a través de la apertura probatoria; y dice en el punto vital del siglo XX, pudimos pasar de la igualdad formal frente a la Ley de la revolución, que fue todo un tsunami en el mundo del pensamiento francés de 1789 a la igualdad de las oportunidades frente a la vida; y hoy nuestra Corte ya ha avanzado para decir ya, que la igualdad no es solamente formal y material, sino es aceptar la alteridad y la otredad que son formas de expresión de hombres que aman y piensan y se seducen de otra manera, aprender a vivir con las minorías es una forma de aceptar, aceptar en Colombia ese principio de igualdad; por manera que es muy útil el pensamiento del jurista, cuando empieza a desentrañar el contenido no léxico-gramatical, sino material y humano, intensamente vinculado a los dolores de un país para encontrar el destino normativo”³⁷.

Un juicio es uno si en él no se encuentra un sujeto que ostente una especial protección constitucional y se transforma en el momento en que se involucra alguno de ellos. La aceptación de las diferencias que de hecho existen entre las personas hace del Derecho una verdadera ciencia social con el ser humano en el vórtice de la supremacía constitucional. Esa circunstancia especial que permite un trato

37 CHARRY RIVAS, Dagoberto. *Las pruebas en la Ley 906 de 2004 desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En: XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Conferencia. La Sentencia a la que hace referencia el maestro colombiano es la siguiente: Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 543. Octubre 1 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: D-056 y D-092.

diferenciado en la aplicación de las normas es la que legitima, al igual que el ECI, la función interventora que se trata.

7.4. DEBEN REQUERIRSE MEDIDAS DE CARÁCTER POSITIVO DIRIGIDAS A REMEDIAR LOS HECHOS IMPULSORES DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

La Constitución y la Ley regulan gran cantidad de situaciones de la vida en sociedad. En la actualidad la superproducción de normas en el órgano legislativo y la consecuente potestad reglamentaria hacen que, en gran proporción, todos los aspectos sociales e individuales estén regulados por las normas. Sin embargo, el problema que se plantea no es solo de garantía de derechos sino de capacidad institucional para poder alcanzar esa protección. Las normas se incumplen, el aparato que el Estado ha dispuesto para cumplir sus fines esenciales es indolente, los procedimientos creados de papel y los sufrimientos históricos de los nacionales altamente postergados.

Cuando la realidad del Derecho alcanza tal nivel de vacía legitimidad, en donde el orden jurídico no responde y el derecho a la igualdad meramente nominal, se alcanza el punto donde las medidas positivas o de discriminación positiva le permiten al Juez, frente a determinados sujetos, entrar a determinar las soluciones precisas o abstractas para su resolución, en el marco de una justicia material que reconoce un problema más grande que el Estado mismo pero al cual debe encontrarle solución so pena de que sea cuestionada su existencia³⁸.

7.5. DEBEN VINCULARSE EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL A TODAS LAS ENTIDADES SOBRE LAS CUALES RECAERÁN EVENTUALMENTE ÓRDENES SIMPLES Y COMPLEJAS

Para efectos explicativos de este acápite, se acude a un caso concreto. En materia de desplazamiento forzado, en una Sentencia³⁹ del año 2002, en el trámite de las instancias se vinculó a otras entidades del Estado comprometidas con la solución y desarrollo de la política pública de atención del desplazamiento. Ese actuar en nuestro criterio es el adecuado, el que siempre debiera realizarse como estrategia número uno para salvaguardar las arcas de las entidades públicas y la Corte en la

38 Al respecto puede ser consultado: ESTRADA VILLA, Armando. *El Estado, ¿existe todavía?* Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones UNAULA. 2011.

39 Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 098. Febrero 14 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes: T-525195, T- 529460 y otros.

sentencia considera tal actuar como una “determinación acertada”. Sin embargo, en la mayoría de los casos y no sólo en materia de desplazamiento, al emitir las órdenes para proteger los derechos, con la excusa de que el proceso de tutela no pretende poner fin a una controversia, por celeridad, informalidad y objeto útil de la acción, lo cual es una posición que fue insostenible y lo es aún más al año 2012, no informa a las entidades que se verán afectadas y cuyo papel es indispensable para el buen éxito de lo que finalmente será la protección⁴⁰. Ese proceder, se afirma, ha reducido las sentencias a una estrategia de mero recuerdo para la Administración de lo que debe hacer.

Esta realidad configura una de las razones del reiterado y prolongado incumplimiento de las decisiones de tutela, por lo que no debería sorprenderle a la Corte que su jurisprudencia no sea acatada en una forma plena por las Administraciones Públicas y demás sujetos que puede fácilmente identificar en las normas pertinentes para vincularlos en el respectivo proceso constitucional.

8. PERSPECTIVAS

Planteadas las variables que estructuran los límites de la competencia del Juez constitucional en la formulación de políticas públicas, el espectro de decisiones que podrían ser objeto de esa injerencia se reduce sustancialmente. A partir de la amplia jurisprudencia que ha sido objeto de estudio en esta investigación y aplicando estos límites, la Corte Constitucional solo habría podido decidir lo que decidió y que continúa decidiendo, en relación a la situación de las personas víctimas del desplazamiento forzado. Podrían existir otros eventos, la evolución propia de la investigación y el transcurso del tiempo podrían enrostrar otros casos, se hace presente la salvedad.

Cuando no se cumplen con los criterios señalados y el Juez constitucional advierte que existe un problema que debe ser atendido a través de una política pública, ello no se traduce en que no se tenga competencia para alcanzar unos mínimos de protección de los derechos. Lo que no podría hacer es señalar con precisión y detalle el cómo habrá de resolverse el problema como se procede bajo la tesis irrespetuosa de la función Ejecutiva, su actuar se debe encauzar en un comportamiento acorde a la tesis respetuosa moderada de la misma, es decir, debe señalar en forma abstracta la necesidad de formulación de una política pública y conceder un término razona-

40 Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 574. Octubre 29 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-100774.

ble para su realización, solicitando el control y vigilancia respectiva así como las oportunidades de información y participación que sean necesarias para un ejercicio conjunto y completo de la política, nada más.

Sin barreras la Corte interviene en todas las materias que pueden presentarse existiendo una colaboración armónica desenfrenada o sin control aunque reconozca competencia de las entidades estatales. Los filtros que han sido definidos no agotan los contenidos de colaboración armónica que exige la Constitución. Por el contrario, contribuyen a que estos mandatos se materialicen en forma ordenada. Los poderes que concede el ordenamiento jurídico al Juez adquieren pleno sentido en trabajo conjunto con el Ejecutivo y frente a la racionalización en el ejercicio del poder, en debida comprensión de la institución, si se acogen los límites señalados.

9. CONCLUSIONES

Si bien es cierto existen materias que en virtud de la Ley requieren desarrollo reglamentario por el Gobierno para la cabal materialización de una política pública, la Constitución presenta caminos y la Ley desarrollos precisos que no se cumplen bajo el argumento de la ausencia de tales medidas. Existen múltiples eventos en los que sin la existencia de estos mandatos la Administración puede plasmar su estrategia en la vida de las personas afectadas con suficiencia en lo dispuesto en estas fuentes. La evasión a la Ley es desgarradora siendo el temor presupuestal y la retórica “de gradualidad y progresividad de la prestación” sus pilares.

Los derechos de libertad entendidos como “derechos civiles y políticos” poseen una dimensión negativa, defensiva o de abstención. Así mismo, gozan de una dimensión positiva que supone gasto público al igual que los derechos sociales, económicos y culturales también conocidos como “derechos prestacionales”, aunque no se identifique en exclusiva con aquellos. Que un derecho exija erogaciones económico-materiales es una cualidad que surge de su dimensión positiva.

Las ordenes de ejecución compleja no solo se definen como aquellas que se imponen a varias entidades necesariamente, esa no es la propiedad primera de ésta institución. La complejidad radica no solo en el requerimiento de coordinación entre distintos órganos del Estado sino en el reconocimiento de que en ellas se involucra necesariamente al tesoro público para la efectiva realización de los niveles mínimos de protección de los derechos en juego y porque sus efectos se expanden incluso a quienes no acudieron al proceso de tutela pero gozan de la especial protección constitucional en conflicto.

La inminencia de sufrir un daño justificado, la urgencia de la situación en la que se encuentra la persona, que el Estado de la misma respuesta de inactividad excusado

en la progresividad en 1992 y el 2012, por el incumplimiento de las obligaciones correlativas y cuya observancia evitaría un perjuicio irremediable, entre otras, habilita la protección en acción de tutela del derecho. El criterio de la urgencia dota de objetividad la necesidad de ejecución inmediata de la prestación, en otras ocasiones, deberá incorporarse la política a través de un proceso decisorio *racional* serio que no trastoque en meras promesas.

La tesis respetuosa de la función de formulación de políticas públicas avala que si la Administración simplemente discute, insinúa o desea el diseño de una política, no existe vulneración alguna de derechos. La tesis moderada e irrespetuosa además de lo anterior, obliga a adelantarla u ejecutarla y no se queda solo con el escrito o la buena intención de la Administración.

Si el contenido mínimo exigible de un derecho fundamental abarca el requerimiento de la existencia de una política pública, lo “mínimo” es meramente gramatical porque en la práctica resulta siendo el “todo” del derecho, la política pública en toda su extensión, aunque se excluya el derecho a la reparación en su tipología material e inmaterial. Así mismo, habrá de reconocer una realidad paralela: si no mediara la interpretación de la Corporación los derechos serían de papel dado que frente a la Administración Pública si no hay presupuesto no hay derechos objeto de protección.

La Corte Constitucional no tiene un concepto propio de política pública el cual desarrolle, emite pronunciamientos llenos de sentimiento y justicia para armonizar lo dispuesto en las normas y los mecanismos existentes para hacerlas efectivas pero el tema debía ser objeto de estudio dado lo desenfrenado de las decisiones. Por ejemplo, la Ley 387 de 1997 dispuso que el tratamiento para las personas víctimas del desplazamiento forzado debía ser prioritario, eficaz y oportuno, lo cual no se estaba cumpliendo dentro de la agenda estatal. De otro lado, remedia la re-victimización que sufrían estas personas al exigírseles trámites adicionales para hacer efectivos sus derechos en la exigencia de la interposición de tutela.

El Estado no puede consentir un aparato judicial y un Juez que sea un convidado de piedra frente a la vivencia de las minorías que pueden ser más en magnitud, siendo además un mandato que debe cumplir el Juez como director del proceso. Puede sostenerse que el Juez constitucional, al hacer cumplir lo que dispuso el Congreso en la Ley 387 de 1997, garantiza el cumplimiento de lo ordenado por el legislador; al hacer cumplir la atención prioritaria que deben tener las personas que ostentan una condición de especial protección, garantiza el cumplimiento de lo que la Constitución consagra; y al garantizar, de alguna manera la existencia de recursos para la ejecución de las políticas públicas, garantiza los lineamientos que el mismo ejecutivo se propone al formularlas.

Finalmente, el tema aún no divisa el final del camino. La discusión se encuentra abierta y la tesis que aquí presentó tiene la sencilla intención de contribuir al debate en una postura que seguramente será minoritaria.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. TABLA DOCTRINAL

Libros

NUÑEZ, Antonio José. *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Legis Editores S.A. 2005. p, 54.

FEREJOHN, John. ANSOLABEHERE, Karina. DALLAS VIA, Alberto Ricardo. UPRIMMY YEPES, Rodrigo. *Los Jueces: Entre el Derecho y la Política*. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). 2008. p, 99.

ESTRADA VILLA, Armando. *El Estado, ¿existe todavía?* Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones UNAULA. 2011. p, 1063.

Capítulos de Libro

BERNAL PULIDO, Carlos. “fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”. *El Derecho de los Derechos*. Primera edición, quinta reimpresión. Bogotá D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2008. p, 417.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “¿cuándo cesa el Estado de Cosas Inconstitucional en el desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional” En: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Universidad de Los Andes y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR. 2010. p, 434-492.

Revistas

YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. “El desplazamiento forzado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1991-2003): momento previo a la declaratoria formal del Estado de Cosas Inconstitucional”. *Revista Justicia*. Volumen 23. Enero-Junio. 2013. Barranquilla, Colombia. Universidad Simón Bolívar.

MORENO VELÁSQUEZ, Carolina. “Decisiones económicas de la Corte Constitucional. Estado Social de Derecho, economía y justicia constitucional: una trilogía compleja”.

Revista de Derecho Público. El impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la creación y el desarrollo del derecho. N° 15, diciembre del 2002. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho y Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho. p. 292-333.

10.2. TABLA DE JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Autos

Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Auto 092. Abril 14 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: sentencia T-025 del 2004.

Sentencias de Constitucionalidad

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1433. Octubre 23 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Expediente: D-2780 y D-2804.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 373. Mayo 15 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D-3778.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 157. Marzo 5 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-3663.

Sentencias de Tutela

Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia de Tutela 760. Julio 31 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 595. Agosto 1 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: T-444377.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-653010.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 098. Febrero 14 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes: T-525195, T- 529460 y otros.

- Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 574. Octubre 29 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-100774.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 590. Octubre 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-174150.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 1695. Diciembre 7 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente: T-357177, T-374536 y T-385529.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 935. Octubre 31 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-619615.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 068. Marzo 5 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: acumulados T-144.670, T-146.357, T-146.730, T-149.307 y T-149.514.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 438. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167020.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 439. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167262.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 153. Abril 28 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-137.001 y T-143.950.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 256. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259277.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 257. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259279.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 847. Julio 6 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-286.434.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 1077. Octubre 11 del 2001. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-487104.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 606. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174024.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 607. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174025.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 583. Octubre 29 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: T-167793 y T-170396.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 530. Julio 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-201780.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 525. Julio 23 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-213190,

T-215732, T-215733, T-215769, T-215774, T-215775, T-218743, T-218772, T-221132, T-221143, T-221145, T-221148, T-221155, T-221769, T-223239, T-223240 y T-221152.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 547. Mayo 24 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente: T-429818.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 098. Febrero 14 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: T-525195, T- 529460 y otros.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 574. Octubre 29 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-100774.

Sentencias de Unificación

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 250. Mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-134192.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 559. No se indica el día y mes del año 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-115839 y T-116052.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 090. Febrero 2 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-169932, T-169934, T-170166, T-170566, T-171920, T-173914, T-185397, T-187333, T-188114, T-188115, T-191701, T-191707, T-194484 y T-202478.

10.3. TABLA DE NORMATIVA

Leyes de la República

Colombia. Congreso de la República. Ley 547. Diario Oficial No 43.827, de 23 de diciembre de 1999. *“Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la Vigencia Fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre del 2000”*.

Colombia. Congreso de la República. Ley 387. Julio 18 de 1997. Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997. *“Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”*.

Decretos

Colombia. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Decreto 2591. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*.

10.4. TABLA PÁGINAS ELECTRÓNICAS

<http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/articulo-239877-corte-constitucional>.

<http://www.elespectador.com/columna190596-corte-constitucional-garante-de-democracia>.

<http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-272210-justicia-antidemocratica-colombia>.

[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110630-11_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\)/noti-110630-11_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110630-11_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad)/noti-110630-11_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad).asp).

10.5. TABLA OTROS

Conferencias

YAÑEZ MEZA, Diego Armando. *Desplazamiento forzado y acciones en la reparación del daño*. En: Foro Quincenal Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Noviembre 28 del 2012.

CHARRY RIVAS, Dagoberto. *Las pruebas en la Ley 906 de 2004 desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En: XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal.