



Control judicial y modulación de fallos de tutela

Juan Camilo Rivera Rugeles



Opera Prima
Facultad de Jurisprudencia



CONTROL JUDICIAL

y modulación de fallos de tutela

CONTROL JUDICIAL
y modulación de fallos
de tutela

JUAN CAMILO RIVERA RUGELES



Colección Opera Prima

© 2012 Editorial Universidad del Rosario
© 2012 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2012 Juan Camilo Rivera Rugeles

ISBN: 978-958-738-247-1

Primera edición: Bogotá D.C., marzo de 2012
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: César Mackenzie
Diseño de cubierta: David Reyes
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Impresión: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00 Ext.: 7724
<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario

Fecha de evaluación: 30 de noviembre de 2010. Fecha de aprobación: 27 de enero de 2012

Rivera Rugeles, Juan Camilo
Control judicial y modulación de fallos de tutela / Juan Camilo Rivera Rugeles. —
Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
168 p. (Colección Opera Prima)

ISBN: 978-958-738-247-1

Derecho constitucional – Colombia / Tutela – Colombia / Sentencias – Colombia /
Control de constitucionalidad – Colombia / Administración de justicia – Colombia /
I. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / II. Título. / III. Serie.

342.085

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

dcl

Febrero 7 de 2012

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Agradecimientos	xiii
Introducción general.....	xv
Capítulo 1. El control constitucional en Colombia.	
Elementos que lo determinan	1
1.1. Introducción.....	1
1.2. Elementos que influyen en la forma de control realizado por la Corte Constitucional	4
1.2.1. Elementos normativos	6
1.2.1.1. Amplia carta de derechos	7
1.2.1.2. Recursos que facilitan el acceso a la justicia.....	11
1.2.2. Elementos institucionales	14
1.2.2.1. Creación de la Corte Constitucional.	15
1.2.2.2. Relativa independencia judicial	15
1.2.2.3. Presidencialismo	18
1.1.3. Elementos políticos	21
1.3. Conclusiones	24
Capítulo 2. La modulación de fallos de tutela.	
Concepto, fundamentos y clases	29
2.1. Introducción.....	29
2.2. Concepto	31

2.3. Fundamentos.....	34
2.3.1. La Corte es la única competente para fijar el efecto de sus decisiones.....	35
2.3.2. Finalidad de la acción de tutela	38
2.4. Clases de fallos modulados de tutela.....	40
2.4.1. Fallos de tutela con efectos <i>inter pares</i>	41
2.4.1.1. Generalidades.....	41
2.4.1.2 Auto 071 de 2001: efectos inter pares de la inaplicación del decreto 1382.....	44
2.4.2. Fallos de tutela con efectos <i>inter comunis</i>	45
2.4.2.1. Generalidades.....	45
2.4.2.2. Casos con efectos que se extienden a grupos de personas	47
2.4.2.3. Casos con efectos inter comunis (explícitamente declarados).....	50
2.4.3. Fallos de tutela que ordenan la adopción de políticas públicas.....	57
2.4.3.1. Generalidades.....	57
2.4.3.2. Casos en los que se ha ordenado la adopción de políticas públicas.....	59
2.4.4. Fallos en los que se declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional.....	65
2.4.4.1. Generalidades.....	65
2.4.4.2. Fallos en los que se ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional.....	70
2.5. Conclusiones.....	74

Capítulo 3. Dos ejemplos de control de políticas públicas por medio de fallos modulados de tutela.....	77
3.1. Introducción.....	77
3.2. El control de constitucionalidad de la política pública de prevención del desplazamiento forzado y atención a las personas víctimas de este fenómeno: sentencia T-025 de 2004.....	80
3.2.1. Antecedentes y contexto general	80
3.2.2. Contenido de la sentencia.....	83
3.2.3. Órdenes emitidas por la Corte.....	85
3.2.4. Seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas.....	87
3.2.4.1. Remisión periódica de informes.....	89
3.2.4.2. Autos de seguimiento	89
3.2.4.3. Audiencias públicas	92
3.3. El control de constitucionalidad de la política pública de atención en salud: la sentencia T-760 de 2008	93
3.3.1. Antecedentes y contexto general	93
3.3.2. Contenido de la sentencia.....	95
3.3.3. Órdenes emitidas por la Corte.....	97
3.3.4. Seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas.....	100
3.4. Conclusiones	104
 Capítulo 4. Críticas a la modulación de los fallos de tutela.....	 107
4.1. Introducción.....	107
4.2. ¿Ilegitimidad democrática de la Corte Constitucional?	109

4.3. ¿Extralimitación de funciones?.....	114
4.4. ¿Vulneración del debido proceso?.....	121
Conclusiones	127
Bibliografía	131

A mi mamá, con amor y gratitud.

Agradecimientos

En la elaboración de este trabajo conté con los comentarios y el aliento de distintos amigos, compañeros y profesores, quienes revisaron versiones anteriores de él, y con quienes discutí algunas de las tesis e ideas que a lo largo de estas páginas intento exponer y defender. La claridad y coherencia que puedan llegar a tener algunos de los argumentos que acá se abordan se deben en buena parte a sus críticas, correcciones y comentarios. Sin embargo, como suele decirse en estos espacios, los (pocos o varios) errores que este documento tenga son de mi exclusiva atribución.

En especial, quiero agradecer a mis amigos Mauricio Albarracín Caballero, David Rodríguez, Alberto Arango Montes y José Manuel Marín Ortiz. Todos ellos, de distinta manera, contribuyeron significativamente e inspiraron en gran medida la elaboración de este trabajo. Para mí es un honor que hubieran dedicado parte de su tiempo a la revisión y discusión de algunas de mis ideas.

Una mención especial –y un espacio aparte– al profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez, cuya guía y apoyo hizo que este trabajo pudiera llegar a feliz término. Asimismo, quiero agradecer al doctor Julio Gaitán Bohórquez, por sus valiosos y alentadores comentarios sobre mi trabajo.

Introducción general

La expansión de la justicia constitucional es una de las características más sobresalientes del constitucionalismo que abarca el periodo comprendido desde la segunda posguerra hasta nuestros días. Si bien su aparición se remonta dos siglos atrás con la conocida decisión del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* (1803), ha sido tan solo en los últimos cincuenta años que se ha difundido por distintos Estados del mundo. Así, mientras que hacia 1989 tan solo unos diez países habían adoptado sistemas efectivos de control constitucional de la actuación estatal, esta cifra había aumentado considerablemente para el año 2000, en el que por lo menos setenta países —un poco más de la tercera parte de los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas— habían acogido alguna forma de revisión de constitucionalidad (Klug, 2000, 13, citado en Cepeda Espinosa y Montealegre, 2007, 12).

Los países latinoamericanos ocupan un lugar destacado dentro de esta tendencia mundial.¹ Así lo demuestra el hecho de que de los setenta países mencionados, por lo menos diecisiete de ellos son latinoamericanos, de los cuales dieciséis habían incluido un sistema de revisión de constitucionalidad

¹ Cfr.: Aguiar de Luque Luis, 1997.

por medio de Constituciones o reformas constitucionales recientes, expedidas desde 1979 en adelante.²

Este aumento cuantitativo de la justicia constitucional en el constitucionalismo mundial –que ha servido para reafirmar la fuerza normativa de la Constitución– ha venido acompañado de un cambio cualitativo en el rol que le corresponde desempeñar a esta institución dentro del diseño de la organización estatal. Mientras que antes la función de los jueces constitucionales se agotaba en supervisar que los Estados no traspasaran los límites negativos que las normas constitucionales les imponían, ahora se muestran con capacidad de hacer cumplir las obligaciones positivas que tales normas establecen en caso de que los órganos políticos no actúen, o de que lo hagan de manera inapropiada.³

Estas dos facultades de los jueces, la de verificar que no se sobrepasen los límites engativos y la de exigir el cumplimiento de las obligaciones positivas, requieren distintas formas de control de constitucionalidad. Por un lado, cuando el juez debe cumplir el papel de hacer respetar los límites negativos impuestos por la Constitución, debe verificar si la actuación de los órganos estatales se ha sujetado a las normas superiores que establecen tales límites, y en caso que considere que no ha sido así debe proceder a declarar la invalidez de la actua-

² Los datos con base en los cuales se hace este balance han sido tomados de: Ginsburg, 2003, 7 y 8.

³ Ferejohn indica que “la función judicial no es siempre, ni incluso primordialmente, ‘negativa’, en el sentido de impedir a las mayorías legislativas actuar como ellas mejor consideren. Los jueces también elaboran la ley en un sentido positivo, actuando donde las legislaturas se han abstenido de hacerlo” (Ferejohn, 2002, 51 y 52). En el mismo sentido, *cf.*: Gauri y Brinks, 2008, 5.

ción y, eventualmente, disponer las medidas necesarias para reparar la situación. Pero, por otro lado, en las situaciones en las que el juez considera que existe una obligación positiva del Estado, y encuentra que los órganos estatales omitieron cumplirla, o la cumplieron pero tan solo de manera parcial, al juez no le basta con declarar la invalidez de tal actuación, ya que de esta forma no solucionará la situación inconstitucional. Cuando el juez considera que una omisión o una actuación insuficiente dan lugar a una situación contraria a las normas constitucionales que imponen deberes de actuación, reconocer esta situación inconstitucional no es suficiente para remediarla. El juez debe, en cambio, adoptar las medidas que sean necesarias para superar esta situación, para lo cual cuenta con un amplio margen de acción, teniendo en cuenta que las normas de la Constitución que fijan deberes de actuación son indeterminadas, ya que indican los fines que el Estado debe perseguir mas no establece la forma como se ha de llegar a ellos.⁴

Esta indeterminación de las normas que fijan obligaciones positivas confiere un amplio margen de actuación a los jueces que son encargados de hacerlas exigibles. Cuando un juez considera que el Estado ha desconocido una obligación positiva que le era exigible (por haber omitido cumplirla o por haberla cumplido de manera insuficiente), la respuesta que

⁴ Un ejemplo de este tipo de normas lo ofrecen aquellas que reconocen derechos económicos, sociales y culturales, que imponen al Estado obligaciones de —entre otras— proteger determinadas situaciones jurídicas, pero sin señalar cómo debe cumplirse con tal obligación, pues esta es una tarea cuya concreción deberá ser realizada principalmente por el Legislador.

le corresponde tomar para conjurar la situación inconstitucional no es unívoca, en la medida en que no existe una única conducta exigida para el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado. Y esto es así por cuanto, como señala Grimm, al ser la omisión un acto inespecífico, cuando tal omisión es inconstitucional “tampoco existe una actitud contraria constitucionalmente definida, sino solo una multitud de opciones conformes a la Constitución” (Grimm, 2006, 171).

La definición de cuál es la conducta que el Estado está en la obligación de desplegar para poder cumplir con sus obligaciones, es tan solo una de las dificultades a las que se enfrentan los jueces a la hora de controlar el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado. Además de esta, los jueces encuentran limitaciones en cuanto a que no cuentan con presupuesto propio ni con la facultad de hacer cumplir las órdenes que emiten en sus fallos, sino que dependen del Legislativo para el presupuesto y del Ejecutivo para que se materialicen sus sentencias.⁵

A pesar de estas dificultades, los órganos judiciales no han declinado en la intención de verificar la efectiva observancia de las normas que establecen deberes de actuación, sino que por el contrario han diseñado herramientas que tienen por objeto hacerlos cumplir, superando los mencionados

⁵ Esta idea ha sido ampliamente sostenida. Una de las exposiciones más difundidas ha sido la elaborada por Alexander Hamilton en sus consideraciones sobre el Poder Judicial (*El Federalista*, No. 76, titulado “El Poder Judicial”), donde afirma que “la judicatura, por la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso de los poderes políticos de la Constitución, debido a que estará en menor capacidad de dañarlos o molestarlos, [ya que] la judicatura [...] no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa”.

obstáculos. Un claro ejemplo de lo anterior puede encontrarse en la copiosa jurisprudencia de tribunales nacionales de distintos Estados que han hecho exigibles las cláusulas que a nivel interno consagran derechos económicos, sociales y culturales, la cual muestra que los jueces pueden controlar la capacidad de los Estados de hacer efectivos ante los estrados judiciales los deberes que de tales derechos se desprenden.⁶

La revisión de constitucionalidad en el contexto colombiano es un ejemplo que ilustra la manera en la que un juez nacional se ha valido de herramientas que le han permitido ejercer control sobre las omisiones y las actuaciones insuficientes de los poderes del Estado. En el contexto colombiano, la Corte Constitucional se ha mostrado, en la práctica, como un órgano capaz de exigir a los poderes Legislativo y Ejecutivo el cumplimiento de las obligaciones que las normas constitucionales y los tratados internacionales le imponen.

Los fallos que ha emitido la Corte para exigirle a los poderes públicos el cumplimiento de sus obligaciones de actuar, han sido de distintas clases y se han dictado con ocasión de casos tanto de control abstracto como de control concreto de constitucionalidad. Así, por ejemplo, en algunos casos ha emitido fallos en los que le recuerda a los órganos políticos que están en la obligación de expedir normas (sean leyes u otra clase de medidas) para lograr el cumplimiento de distintas reglas constitucionales, pues de no hacerlo se pondría en

⁶ Algunos ejemplos de decisiones de tribunales locales por medio de las cuales se han hecho exigibles normas que consagran obligaciones positivas para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser consultados en: Abramovich y Courtis, 2004; y Langford, 2008.

peligro la vigencia efectiva de disposiciones que contienen mandatos de acción.⁷ Aun cuando este tipo de decisiones tienen la ventaja de dejarle a los poderes democráticamente elegidos la decisión de escoger la forma de cumplir con las obligaciones que se encuentran en cabeza del Estado, tienen a su vez la limitación de que no dan una solución efectiva para superar su omisión o su actuación parcial, ya que el deber de actuar queda como una facultad de los poderes políticos, de quienes depende la decisión de cumplirlo o no.

Teniendo en cuenta esta dificultad (que se presenta cuando los jueces constitucionales se muestran totalmente deferentes con los poderes políticos), en ocasiones la Corte Constitucional ha optado por elaborar una estrategia que le permita lograr directamente el cumplimiento efectivo de los deberes de actuar que no han sido observados por el Estado. Un ejemplo de este tipo de decisiones de la Corte puede hallarse en algunos de los denominados *fallos modulados de tutela*, que constituyen el tema central de este trabajo.

Por medio de los denominados *fallos modulados de tutela*, el tribunal constitucional ha tenido la oportunidad de emitir fallos con ocasión del ejercicio del control concreto de constitucionalidad –mediante la revisión de fallos de tutela–, cuyos efectos se extienden más allá del caso específico sometido a su estudio. En otras palabras, la técnica de modulación de los

⁷ Entre muchos otros, tres ejemplos que ilustran este tipo de fallos de la Corte son las sentencias C-239 de 1997, C-687 de 2002 y C-864 de 2008, en las que se ha exhortado al Congreso a expedir leyes que regulen la eutanasia, el derecho fundamental al *habeas data*, y un sistema de atención en salud especial para las comunidades etno culturales no indígenas, respectivamente.

fallos de tutela ha permitido que la Corte emita decisiones que no solo afectan a las partes involucradas en un litigio particular, sino que se extienden a personas que aun cuando no han sido parte de la acción de tutela que la Corte revisa, se encuentran en una situación que presenta similitudes fácticas con quienes sí hicieron parte en ella, lo que lleva a la Corte a extender los efectos de determinada decisión para que cobijen a aquellos. De esta forma, la Corte ha conseguido emitir órdenes que abarcan grupos de personas con independencia de que todos los miembros de tales grupos hayan acudido a la acción de tutela, las cuales deben ser aplicadas en el futuro por las autoridades estatales. De allí que se pueda afirmar que la modulación de los fallos de tutela ha permitido que, con ocasión del control concreto de constitucionalidad, se emitan órdenes prospectivas para determinados casos y aplicables a un número plural de personas.

El alcance de los fallos de tutela que han sido modulados por la Corte es muy variado, pues los efectos que el tribunal ha otorgado a sus decisiones no han sido los mismos para todos los casos. En algunos, la Corte ha ordenado que, en el evento en que los jueces de tutela tengan que decidir solicitudes de amparo de personas que se encuentran en situaciones de hecho similares a quienes ya acudieron a la acción de tutela, tales jueces deben aplicar a aquellos el mismo tratamiento que se les dio a estos (ejemplos de este tipo de decisiones lo ofrecen las sentencias con efectos *inter pares* e *inter comunis*). En otros casos, la Corte ha concluido que la violación de derechos fundamentales es atribuible a fallas estructurales en las políticas públicas diseñadas por el Estado, que de persistir

tendrían el efecto de generar nuevas violaciones de derechos a quienes les sean aplicadas las políticas públicas deficientes. En estos casos, el tribunal ha ordenado a los órganos que ejerzan su potestad de ajustar el diseño de las políticas públicas, emitiendo en ocasiones directrices concretas que deben orientar tal proceso de reforma (así ha sucedido, por ejemplo, con las sentencias que declaran un estado de cosas inconstitucional).

Las decisiones de esta segunda clase son mucho más complejas que las primeras, por lo menos por dos razones: de un lado, porque mientras que estas tienen como principal destinatario de las órdenes que imparte la Corte a los jueces de tutela, aquellas involucran distintas entidades estatales que actúan de manera conjunta en el diseño y ejecución de una determinada política pública; y de otro lado, la segunda clase de decisiones, al controlar las políticas públicas del Estado, implican la priorización de objetivos que deben ser atendidos por las autoridades públicas y la apropiación de recursos con el fin de hacer efectivas las órdenes judiciales, mientras que no sucede lo mismo con la otra clase de fallos. Al tener estas características, las decisiones moduladas de tutela que han implicado una mayor actividad de la Corte Constitucional, han sido aquellas por medio de las cuales se interviene en el diseño, implementación y formulación de políticas públicas. Son, asimismo, las que mayor impacto político y social han tenido en la vida nacional y las que, a su vez, han recibido más críticas por parte de determinados sectores que juzgan este tipo de decisiones como inconvenientes e inadecuadas. Por estas razones, este trabajo prestará una especial atención a este tipo de sentencias moduladas y las estudiará con mayor

atención, sin que ello signifique dejar de hacer referencia a las otras clases de fallos modulados de tutela.

A esta altura, y para mayor claridad, conviene precisar que en este trabajo se entenderá por *política pública* un conjunto de actividades, decisiones o medidas coherentes, por lo menos en su intención, llevadas a cabo y autorizadas por el Estado, y que tienen como finalidad la promoción o protección de un bien considerado como de interés público, el cual puede consistir en la distribución de bienes o recursos, o en la atenuación o erradicación de situaciones socialmente problemáticas.⁸

De acuerdo con esta definición, la adopción de una política pública supone, en primer término, que se escoja un determinado fin que se pretende promover o proteger; y en segundo término, que se diseñe un conjunto de acciones por medio de las cuales se pretenda alcanzar la finalidad propuesta. En la práctica, como se analizará, el control de la Corte Constitucional en las políticas públicas ha abarcado los dos componentes antes mencionados.

Con el objetivo de exponer la participación de la Corte Constitucional en la elaboración, diseño e implementación de políticas públicas a través de la técnica de modulación de fallos de tutela, este trabajo estará dividido en cuatro capítulos, que pretenden: enumerar los distintos factores que han permitido que la Corte ejerza control sobre los órganos políticos que tienen la potestad de diseñar políticas públicas (capítulo 1); describir la modulación de los fallos de tutela

⁸ Cfr.: Pérez Murcia, 2007, 77 y 78.

como construcción jurisprudencial que tiene como efecto extender los efectos del control concreto de constitucionalidad más allá del caso particular revisado por el juez constitucional, para luego identificar en la práctica de la Corte las clases de fallos modulados que ha elaborado a la largo de su jurisprudencia (capítulo 2); explicar el uso de esta clase de fallos a la luz de ejemplos concretos que permitan mostrar la forma como la Corte ha incidido en el diseño de políticas públicas y las herramientas de las que se ha valido para supervisar su cumplimiento (capítulo 3); y, por último, hacer un recuento de las críticas que pretenden minar la legitimidad de la atribución del tribunal constitucional para emitir este tipo de fallos y realizar un balance de ellas que permita determinar si resultan fundamentadas o no (capítulo 4).

En el primer capítulo se afirma que existen distintos factores que determinan la forma y el grado de intervención de los jueces nacionales en los asuntos que son de competencia de los órganos políticos. Se advierte que para entender las razones por las cuales la Corte Constitucional ha tomado un papel protagónico en la vida nacional –del cual la modulación de los fallos es una manifestación–, las normas del sistema jurídico nacional no dan una respuesta suficiente del tipo de control que adelantan los jueces constitucionales, sino que es necesario acudir también a factores institucionales y políticos que condicionan el alcance del control.

Una vez explicadas algunas razones que han determinado la forma específica de control que adelanta la Corte Constitucional, el capítulo segundo se encarga de explicar de manera analítica las razones que han sido aducidas por la Corte como

fundamento de su facultad de extender los efectos del control concreto de constitucionalidad para que abarquen a personas que no fueron parte en el proceso de tutela estudiado. En este capítulo se explicarán cuáles han sido las razones que, según la Corte, permiten que los efectos de los fallos de tutela sean modulados, como una excepción a la regla general que indica que estos fallos solo serán vinculantes para quienes hicieron parte del proceso (efectos *inter partes*). De la misma manera, se presentará la tipología de fallos de tutela que han sido utilizados por la Corte a lo largo de sus años de actividad.

El tercer capítulo tendrá como propósito ilustrar la forma como opera la modulación de fallos de tutela, con el estudio de casos en los que la Corte se ha valido de esta práctica. Se presentarán casos con alta incidencia en la vida nacional y política, que han implicado una marcada intervención del juez constitucional en la formulación, implementación y supervisión de políticas públicas. Respecto de estos casos, se presentarán los antecedentes de las situaciones estudiadas por la Corte, el contenido de las decisiones adoptadas por el juez constitucional en cada uno de ellos, y las herramientas que la Corte ha utilizado para supervisar el cumplimiento de las órdenes impartidas.

Una vez presentada la teoría y la práctica de la modulación de fallos de tutela, en el capítulo final se presta atención a los cuestionamientos que han sido formulados en contra de esta clase de intervención judicial, los cuales tienden a afirmar que este tipo de control es inconveniente e inadecuado. Un primer grupo de críticas apunta a sostener que la revisión constitucional de las políticas públicas afecta principios

y valores constitucionalmente reconocidos que tienen que ver con la organización del Estado colombiano. En este sentido, se argumenta que el control sobre las políticas públicas implica una afectación del principio democrático, de la separación de poderes y de la soberanía popular, por cuanto deja en manos del Poder Judicial, conformado de manera no representativa, la decisión sobre asuntos de interés general que deberían ser decididos por órganos conformados por personas democráticamente elegidas. Y un segundo grupo de críticas pretende poner en duda que los órganos judiciales sean técnicamente idóneos para adoptar decisiones que tienen un impacto en las finanzas públicas. Estos cuestionamientos plantean algunas tesis que, de tener fundamento, podrían socavar la legitimidad de la competencia de la Corte Constitucional para modular los efectos de sus decisiones, por lo que es ineludible prestar atención a ellas para estudiar si tales críticas son fundadas o no. Para ello, se hace un recuento de las críticas y se explican sus fundamentos, y luego se realiza un balance que permita indicar qué tan fundadas están cada una de ellas.

A lo largo de este trabajo se sostendrá como tesis que la modulación de fallos de tutela y la intervención de los jueces en el diseño, adopción y ejecución de políticas públicas ha sido una práctica que ha tenido por objeto hacer que las distintas autoridades públicas tomen los derechos fundamentales en serio, y se comprometan a cumplir los mandatos de protección que se desprenden de ellos. Sin embargo, a la vez que se reconoce que este control ha tenido una importancia destacada a la hora de hacer efectivas las normas

que reconocen derechos fundamentales, y en especial las que consagran derechos económicos, sociales y culturales, se advierte que la excesiva intervención de los jueces en asuntos que en principio le competen a los órganos políticos presenta limitaciones y riesgos que deben servir como argumento para utilizar este tipo de fallos de forma restringida (solo en circunstancias excepcionales y cuando los órganos políticos hayan incumplido con su obligación de actuar), prudente (solo para proteger derechos fundamentales violados o para evitar amenazas a los mismos) y moderada (atendiendo a la limitaciones de recursos disponibles).

Por último, es importante destacar que la modulación de fallos de tutela, aun cuando ha sido una construcción de la Corte Constitucional colombiana, es una práctica que no solo puede despertar interés en el plano nacional. Por el contrario, es posible que sea vista por otros tribunales domésticos como ejemplo de una vía que podría explorarse para exigir de los Estados el cumplimiento de las obligaciones de actuación que estos han asumido.

Capítulo 1. El control constitucional en Colombia. Elementos que lo determinan

1.1. Introducción

Además del reconocimiento de un amplio contenido sustantivo –compuesto por reglas y principios que consagran derechos fundamentales y directrices de acción para los Estados–, otra de las características más notables de un amplio número de Constituciones contemporáneas es la de ser verdaderas normas jurídicas que establecen en sus textos distintos mecanismos que pretenden garantizar que la supremacía de las normas constitucionales se traduzca en la efectiva observancia de sus disposiciones por parte de los sujetos que actúan dentro de un Estado.¹

Sin lugar a dudas, la garantía más importante para la preservación del carácter normativo de estas Constituciones ha sido la creación y consolidación de la justicia constitucional como mecanismo diseñado con el propósito de encargar a los jueces la labor de controlar que las normas del ordenamiento jurídico en el cual estos actúan se ajusten a los mandatos que se desprenden de la Constitución. Es la existencia de control

¹ De acuerdo con algunos autores, la conjugación de estas dos características (el reconocimiento de derechos y directrices de acción y el control de constitucionalidad) ha dado lugar a un nuevo paradigma en el derecho constitucional, que ha sido denominado *constitucionalismo de los derechos* o *Neoconstitucionalismo*. En este sentido, *cfr.*: Prieto, 2007, 213 y 214.

constitucional la que permite considerar a los textos constitucionales como verdaderas “Constituciones justiciables”.²

Ahora bien, aun cuando la justicia constitucional ha sido ampliamente adoptada por distintos países, el control que los jueces constitucionales realizan difiere de manera significativa de un país a otro. Esto podría explicarse por dos razones distintas: de un lado, debe tenerse en cuenta que el control judicial ha sido diseñado e implementado de manera diferente en cada ordenamiento que lo reconoce, cuyas normas le confieren distintas atribuciones; y de otro lado, debe prestarse atención al hecho de que el contexto en el que operan los jueces, enmarcado por particulares factores normativos, institucionales y políticos, incide de manera considerable en su actividad. Veamos.

En primer lugar, las Constituciones de los distintos países han elaborado formas de control de constitucionalidad de diferentes perfiles. En términos generales, puede afirmarse que la forma de control constitucional se determina por la combinación de distintas variables, relacionadas, entre otras, con: el sujeto que lleva a cabo el control (dependiendo de si este es encargado a un juez especializado, o a todos los jueces sin distinción de competencia); los actos que se controlan (si el control recae sobre normas jurídicas o sobre cualquier tipo de actuación estatal), y los efectos de la decisión adoptada por el juez (si estos son a futuro o retroactivos, y si aplican solo para las partes involucradas en la controversia, o para todas las personas en general).

² El término ha sido tomado de: Klug, 1997, citado en Couso, 2004, 36.

Además, en segundo lugar, el contexto que circunda la actividad de los órganos judiciales afecta y determina la clase de control que estos ejercen. La tesis que subyace a esta afirmación sostiene que para entender la actividad judicial, las decisiones de los jueces no deben ser estudiadas de manera aislada a las luchas sociales, políticas y económicas que dan forma a un determinado sistema político, sino como una manifestación del desarrollo y la dinámica de estas luchas en un contexto dado.³

En este trabajo se sostendrá que para explicar de manera suficiente la forma como se ejerce el control judicial dentro de un contexto determinado, es necesario que se preste atención a factores de distinto orden que tienen la posibilidad de influir en la labor de los jueces. Por ello, este trabajo dedica el primer capítulo a estudiar algunos de estos factores que son importantes para explicar por qué, en el contexto nacional, el juez constitucional colombiano se ha involucrado en la decisión de asuntos tradicionalmente reservados a los órganos políticos. Específicamente, se pretende aportar algunas razones que sirvan para describir cuáles han sido algunos de los elementos que conforman el ambiente que rodea a la actividad de la Corte Constitucional, y que han facilitado a esta extender el control judicial a aspectos relacionados con

³ Al respecto, señala Hirschl que “como cualquier otra institución política, las cortes constitucionales no operan en un vacío institucional o ideológico. Su jurisprudencia, explícitamente política, no puede ser entendida de manera separada de las luchas sociales, políticas y económicas que determinan un sistema político dado” (Hirschl, 2006, 744 y 745).

el diseño, la implementación y la supervisión del cumplimiento de políticas públicas por parte de órganos estatales.

Antes de desarrollar las ideas formuladas anteriormente, cabe preguntarse si es pertinente o útil comenzar el estudio de la modulación de fallos de tutela y el control de las políticas públicas adelantado a través de esta, con una explicación de los factores que determinan el protagonismo del control judicial en Colombia. De cierta manera, es valioso comenzar por esta explicación por cuanto permite esbozar el contexto institucional, social y político que rodea a la actividad de la Corte Constitucional, y que por lo tanto ha incidido en la práctica de controlar en la sede judicial algunas políticas estatales.

1.2. Elementos que influyen en la forma de control realizado por la Corte Constitucional

La creciente importancia del rol desempeñado por los jueces constitucionales dentro de los ordenamientos de los cuales hacen parte, ha motivado que se elabore un número cada vez mayor de trabajos e investigaciones dedicados a estudiar la labor que desempeñan. A nivel mundial existe un gran número de trabajos que se han dedicado a estudiar la “judicialización de la política”, entendida como la aparición de los jueces en asuntos (tradicionalmente considerados como) reservados a los órganos políticos.⁴

⁴ Sobre el concepto de judicialización de la política, *cfr.*: Ferejohn, 2002, 41. Sobre los trabajos dedicados a estudiar el fenómeno descrito, *cfr.*: Hirschl, 2006. En este último texto se relacionan un amplio número de investigaciones que han estudiado la participación de los jueces en asuntos tradicionalmente reservados a los órganos políticos.

En América Latina, la producción de trabajos dedicados a la actividad judicial ha sido abundante, y se ha concentrado en estudiar temas que pueden agruparse en cuatro categorías (Kapiszewski y Taylor, 2008, 741 y 742). En primer lugar, en las décadas de 1980 y 1990 se prestó una especial atención a los intentos de reformas judiciales que se pretendían introducir a lo largo de algunos países de la región, así como a temas relacionados con justicia transicional. En una segunda etapa, se examinó la forma en la que las cortes de las nuevas democracias de la región actuaron para enfrentarse a los rezagos del autoritarismo, como una forma de lograr –de nuevo– justicia transicional en sus países. Por último, los trabajos más recientes se han dedicado a estudiar dos temas adicionales a los ya planteados: de un lado, la contribución de los jueces al logro de la justicia social y la democratización de los países latinoamericanos, y de otro lado, la forma como los jueces nacionales intervienen en asuntos inicialmente reservados a los órganos políticos.

Quienes han examinado este cuarto tema han tratado de responder la pregunta acerca de cuáles son las estructuras o factores que apuntalan y definen la forma en la que los jueces nacionales intervienen en algunos asuntos políticos. Estos estudios han llegado a la conclusión de que el control judicial que se adelanta en un contexto determinado está condicionado por la presencia de distintos factores políticos, normativos y culturales.⁵ Así, se acepta que para explicar la labor judicial

⁵ La bibliografía en este sentido es extensa. Especialmente, *cf.*: Couso, 2004, 37-42; y Hirschl, 2006, 744-752.

no basta con detenerse en los aspectos simplemente normativos, que se ocupan de las normas que conforman un sistema jurídico y sirven para dar cuenta de cuáles son las atribuciones otorgadas a un órgano judicial y cómo estos deberían decidir los casos que ante ellos se plantean. Si bien debe reconocerse que los factores normativos (las normas jurídicas) juegan un rol determinante en la configuración del tipo de control que los jueces pueden ejercer en determinado contexto, también debe tenerse en cuenta que estos no son sino uno de los factores que influyen en la labor encomendada a ellos.

Este trabajo comparte el enfoque de tales investigaciones, y afirma que en Colombia, como en cualquier otro país, el control adelantado por la Corte Constitucional ha estado influenciado por una serie de situaciones que convergen en el escenario nacional. Es así como se identifican realidades de tipo normativo, institucional y político que han ayudado a apuntalar el control judicial adelantado por la Corte Constitucional, y que a continuación se explican.⁶

1.2.1. Elementos normativos

Un importante factor que ha incidido en la forma de control constitucional ejercido en Colombia es, sin duda, la expedición de la Constitución Política de 1991. Además de introducir en la realidad nacional cambios fundamentales de

⁶ Algunos de los elementos que se identifican como determinantes de la forma de control judicial adelantado por la Corte Constitucional coinciden con los ya señalados por trabajos académicos anteriores. *Cf.*: Uprimny y García, 2002, 260-265; y Uprimny, 2007.

tipo cultural (rechazo de la arbitrariedad y cultura de los derechos humanos), político (acogimiento del modelo de Estado social de derecho y reconocimiento de la democracia participativa) y valorativo (adopción de la filosofía liberal igualitaria y reconocimiento del pluralismo y de la cualidad de laico del Estado),⁷ la Constitución de 1991 introdujo algunas modificaciones e innovaciones respecto de la Constitución anterior que tuvieron el efecto de realzar el papel del control judicial en nuestro ordenamiento.

En especial, la Constitución introdujo dos cambios que han acrecentado la importancia del control judicial en Colombia: en primer lugar, consagró una amplia carta de derechos; y en segundo lugar, creó una acción judicial para su protección que se tramita en un procedimiento expedito y de bajo costo, que facilita el acceso a la administración de justicia. A continuación se explica con un poco más de detalle cómo cada uno de estos cambios ayudó a aumentar la importancia de la función judicial.

1.2.1.1. Amplia carta de derechos

La Constitución de 1991 introdujo un catálogo de derechos mucho más amplio que aquel que hacía parte del texto de la Constitución anterior (1886). En este sentido, mientras que la Constitución de 1886 reconocía en su Título III principalmente derechos civiles y políticos redactados en términos restringidos, y tenía pocas referencias a derechos

⁷ Cfr.: Arango, 2004, 142-148.

(tradicionalmente reconocidos como) económicos, sociales y culturales,⁸ la Constitución de 1991, por su parte, introdujo un extenso catálogo de derechos, que no se limita a los derechos civiles y políticos, sino que también incluye derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos colectivos y del medio ambiente.

Además, el grupo de los derechos reconocidos como fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido ampliado por la Corte Constitucional a lo largo de sus años de actividad. De esta forma, a la luz de la jurisprudencia constitucional es posible afirmar que hoy en día en el derecho colombiano son fundamentales no solo los derechos positivizados por la Constitución, sino también aquéllos que hacen parte de los tratados internacionales que integran el denominado “bloque de constitucionalidad”, así como aquellos considerados como “derechos innominados”.

De un lado, en cuanto a los derechos que han sido reconocidos como fundamentales por virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, valga recordar que este es un concepto que ha sido utilizado por la Corte para referirse a tres situaciones distintas: en primer lugar, para designar

⁸ Entre ellas, se destaca el artículo 41 de la Constitución de 1886, que hacía referencia al derecho a la educación. Asimismo, la reforma constitucional de 1936 consagró la obligación del Estado de proteger a los trabajadores y de intervenir en la economía para racionalizar la producción, distribución y consumo de riquezas (artículo 11 de la reforma); el deber de asistencia del Estado a favor de quienes no se puedan proveer sus recursos de subsistencia por sí mismos (artículo 16 de la reforma); y el reconocimiento del trabajo como obligación social (artículo 17 de la reforma).

normas a las que se le reconoce “rango constitucional”; en segundo lugar, para indicar que existen algunas normas que deben ser tenidas en cuenta como “parámetros de constitucionalidad” en el control de las leyes; y por último, para referirse a normas que tienen “relevancia constitucional” a la hora de resolver un asunto planteado ante el tribunal.⁹

En términos generales, el bloque de constitucionalidad se refiere a un conjunto de normas que, si bien no están incluidas dentro del texto de la Constitución, comparten con ella el rasgo de tener la máxima jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico. Según la doctrina elaborada por la Corte en la materia, las normas de algunos tratados internacionales deben ser entendidas como parte integrante de la Constitución por virtud de sus distintas cláusulas que remiten (implícita o explícitamente) a ellos, como lo son los artículos 44, 53, 93, 94 y 214.

Algunos de los tratados a los que la Corte Constitucional les ha reconocido el carácter de normas de rango constitucional han sido, entre otros, Convenios de Organización Internacional del Trabajo,¹⁰ algunos que reconocen normas sobre derecho internacional humanitario,¹¹ otros sobre derecho

⁹ Para un análisis doctrinal del uso del bloque de constitucionalidad por la Corte Constitucional, *cfr.*: Uprimny, 2007.

¹⁰ Ellos son, los Convenios 87 (sobre asociación sindical), 95 (sobre salario), 138 (sobre edad mínima de admisión al empleo), 169 (sobre pueblos indígenas y tribales) 182 (sobre trabajo infantil). *Cfr.*: Sentencia C-401 de 2005.

¹¹ Específicamente, los Convenios de Ginebra de 1949, y los Protocolos I y II, adicionales a estos. *Cfr.*: Sentencia C-575 de 2006.

internacional de los derechos humanos,¹² sobre derechos a favor de sujetos de especial protección¹³ y sobre obligaciones de protección a favor de poblaciones tradicionalmente discriminadas.¹⁴

De otro lado, la Corte, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución,¹⁵ ha afirmado que existen algunos derechos que, pese a no tener reconocimiento expreso en las normas constitucionales, merecen ser considerados como fundamentales y protegidos en tanto tales. La Corte Constitucional se ha referido a estos derechos con la denominación de “innominados”, y a lo largo de sus años de actividad ha considerado que existen tres derechos que merecen esta designación. Se trata de los derechos al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad personal frente a extraordinarias situaciones de riesgo. De acuerdo con la Corte, estos derechos tienen en común las características de ser “inherentes a la persona humana”, garantizar a sus titulares unas mínimas condiciones de vida y estar vinculados con varios derechos constitucionales, a tal punto que su desco-

¹² Entre otras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Cfr.*: Sentencias C-355 y C-370, ambas de 2006.

¹³ Por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño y Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Cfr.*: Respectivamente, sentencias C-355 y C-667, ambas de 2006.

¹⁴ Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. *Cfr.*: Sentencia C-667 de 2006.

¹⁵ Este artículo señala que “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

nocimiento tiene como consecuencia la violación múltiple de varios de estos derechos.¹⁶

En resumen, es posible afirmar que la Constitución de 1991 consagra una carta de derechos mucho más amplia que la prevista por la Constitución de 1886, que además ha sido enriquecida por la labor de la Corte Constitucional, la cual ha agregado otra serie de derechos al grupo de los positivizados. Este es un factor que realza el papel del juez constitucional colombiano, ya que al ser los derechos *normas* materiales jerárquicamente superiores deben ser observados por el Estado y los particulares como límites a sus actuaciones, y a mayor número de derechos reconocidos en una Constitución, mayores serán los límites que se le imponen a la actuación de las autoridades estatales y los particulares, y de la misma forma, serán más las materias a las que se extiende el control judicial que sobre ellas se adelanta. Aunado a lo anterior, existe otra razón por la cual la consagración de un número amplio de derechos engrandece el rol judicial, de acuerdo con la cual el reconocimiento de derechos en los textos constitucionales hace más plausible que los jueces puedan ser compelidos a conocer de casos en donde se alega que los derechos constitucionalizados han sido violados por una acción estatal (Ríos-Figueroa y Taylor, 2006, 749).

1.2.1.2. Recursos que facilitan el acceso a la justicia

Que un texto constitucional reconozca la existencia de ciertos derechos no significa que estos serán *per se* plenamente

¹⁶ Cfr.: Fajardo, 2007, 30 y 31.

garantizados ni efectivamente observados por las autoridades públicas. Esto es así por cuanto la efectividad de los derechos no se desprende de su consagración en un texto constitucional, sino que depende de la actividad de los órganos estatales a quienes se les ha encargado la misión de hacerlos cumplir y de los recursos (judiciales o de cualquier otro carácter) disponibles para hacerlos exigibles.¹⁷ Cuando los órganos encargados de velar por el respeto, la protección y la garantía de los derechos incumplen esta función (como sucede en Colombia, según se mostrará más abajo), los remedios individuales que permiten exigir su cumplimiento cobran un gran valor, pues sirven como una herramienta para que los órganos judiciales puedan constreñir a los demás órganos a realizar la labor que se les encomendó.

En cuanto al establecimiento de recursos individuales para la protección de derechos constitucionales, la Constitución de 1991 también introdujo una modificación fundamental. Así, en su artículo 86 instituyó una acción judicial de protección de derechos fundamentales, que cuenta con unas características que facilitan que sea ampliamente utilizada en casos en los que se discute la vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una acción de trámite sumario, que puede ser interpuesta por toda persona que considere que un derecho fundamental –propio o de una persona a quien representa– ha sido o corre el riesgo de ser vulnerado. Es una acción ágil, por cuanto consagra un término expedito y perentorio de máximo diez días como plazo para ser re-

¹⁷ Cfr.: Tushnet, 2004, 1913.

suelta en primera instancia. Además, es una acción judicial de costos relativamente bajos, en la medida en que no es requisito de procedencia de esta acción el que sea presentada por un abogado, ya que carece de formalidades especiales.¹⁸ Por último, es una acción que puede ser interpuesta ante y debe ser resuelta por cualquier autoridad judicial, con lo cual “maximiza el principio de inmediación y, con ello, el acceso a la justicia para la protección de los derechos fundamentales” (Arango, 2004, 200).

El amplio acceso a los jueces, garantizado por la acción de tutela, es un elemento que ha aumentado la importancia de estos en el control del cumplimiento de los derechos constitucionales por parte de los órganos estatales, por dos razones. En primer lugar, ya que cuando se permite que exista un extenso acceso a los jueces se abre la posibilidad de que todas las actuaciones estatales, incluidas la elaboración, implementación y supervisión de políticas públicas, puedan ser controvertidas por casi todo aquel que tenga la disposición de hacerlo.¹⁹ Y en segundo lugar, porque las facilidades de acceso que brinda la acción de tutela han permitido que los grupos tradicionalmente menos representados en el sistema

¹⁸ Hay que reconocer que no obstante la tutela es una acción de costos bajos, existen grupos sociales para los cuales no es fácilmente accesible. En efecto, la acción de tutela requiere de unos mínimos recursos materiales y culturales, que no pueden ser sufragados por algunos sectores, los cuales están conformados “paradójicamente, [por] las personas cuya situación es la más urgente y quienes son los más indefensos”. En este sentido, *cfr.*: Lemaitre. Disponible en: [http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Julietta%20Lemaitre%20\(Final%20English%20Version\)%20v%201.0.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Julietta%20Lemaitre%20(Final%20English%20Version)%20v%201.0.pdf).

¹⁹ *Cfr.*: Kapiszewski y Taylor, 2008, 744; Ginsburg, 2003, 37 y 38.

político (por ejemplo, las personas en condición de desplazamiento) puedan promover sus intereses a través de mecanismos institucionales, ajenos a los mecanismos ilegales,²⁰ con lo cual se activa un control judicial sobre asuntos políticos que habitualmente habían sido dejados de lado.

Por lo anterior, el acceso generalizado a los jueces que facilita la acción de tutela, también implica un aumento de la participación de la Corte Constitucional en el control de la actividad estatal. En efecto, si la Corte tiene la potestad de revisar de manera discrecional los fallos de los jueces nacionales que han tenido que conocer en primera y segunda instancia las acciones de tutela interpuestas, con la facultad de revocar tales fallos, se le faculta para decidir cuáles son las actuaciones estatales controvertidas por acciones de tutela que serán seleccionadas para su estudio.

1.2.2. Elementos institucionales

En cuanto a las razones de tipo institucional que inciden en la configuración de la forma de control y han potenciado su importancia, se destacan tres: de un lado, la existencia de una corte especial investida de autoridad para salvaguardar la integridad de la Constitución y dotada de amplias atribuciones para controlar las actuaciones estatales; de otro lado, la relativa independencia de los Poderes Judiciales que impera en Colombia; y por último, la existencia de un régimen presidencial.

²⁰ Cfr.: Sepúlveda, 2008, 161.

1.2.2.1. *Creación de la Corte Constitucional*

El establecimiento de la Corte Constitucional ha fortalecido el control de constitucionalidad ejercido en Colombia, por dos razones distintas. De un lado, de acuerdo con el diseño elaborado por la Constitución, a la Corte le corresponde ejercer un control de constitucionalidad mixto, en la medida en que tiene atribuciones para decidir *en abstracto* si algunas normas expedidas por el Legislativo y el Ejecutivo se ajustan a la Constitución, así como para decidir si en casos *concretos* las autoridades públicas han desconocido los mandatos constitucionales. De acuerdo con este diseño, la competencia de la Corte puede ser activada por distintas vías para juzgar (en ocasiones) sobre un mismo asunto, ya que una política pública adoptada mediante cierto tipo de leyes podrá ser conocida por la Corte mediante acciones de inconstitucionalidad, así como mediante acciones de tutela que se refieran a ella.

De otro lado, la Corte Constitucional fue concebida como la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional, lo cual la ubica en la cúspide de esta jurisdicción. Este es un factor que afecta la tarea que ejerce, ya que, según lo señalan estudios comparados, suele haber un activismo judicial mayor en los países donde la autoridad judicial está concentrada en una sola corte (sea esta suprema o especializada), en lugar de aquellos en donde tal autoridad se encuentra descentralizada en diferentes jueces y distintas jurisdicciones (Uprimny, 2007).

1.2.2.2. *Relativa independencia judicial*

Cuando se afirma que un juez actúa de manera independiente, se pretende dar a entender que es ajeno al ejercicio de

sus funciones la existencia de presiones que tengan el efecto de impedir que decidan amparados tan solo en las leyes que tienen que aplicar. Lo anterior implica que para que se pueda hablar de jueces independientes estos deben cumplir por lo menos con tres características distintas.

Deben ser *autónomos*, en el sentido de que deben tener la capacidad de adoptar decisiones libres de presión de los demás órganos estatales, y en especial, de los órganos de gobierno elegidos popularmente, quienes en el caso colombiano participan en la nominación y elección de los jueces que integran el tribunal constitucional. Deben ser *imparciales*, lo que indica que no deben identificarse con, ni ser unilateralmente influenciados por, cualquier sujeto que tenga algún interés en los resultados de la decisión. Por último, deben ser *internamente independientes*, lo que es lo mismo que decir que sus decisiones no deben estar ilegítimamente influenciadas por los jueces jerárquicamente superiores dentro del aparato judicial (como puede fácilmente notarse, este último requisito aplica para los jueces inferiores, que son los que tienen superiores jerárquicos).²¹

En América Latina se ha intentado impulsar un proceso de fortalecimiento del Poder Judicial y de afianzamiento de su independencia. Como ya se anotó al comienzo de este capítulo, entre las décadas de 1980 y 1990 tuvo lugar una discusión académica prolija alrededor de las reformas judiciales que se pretendían implantar en los países de la región,

²¹ Cfr.: Kapiszewski y Taylor, 2008, 749; y Ríos-Figueroa y Taylor, 2006, 743-747.

las cuales tenían como una de sus principales motivaciones la de afrontar los problemas de independencia judicial en los contextos en los que se pretendían implantar,²² la cual se encontraba bajo amenaza debido a los intentos (en algunos países consumados) de cooptar el aparato judicial. Estas iniciativas de reformas fueron impulsadas desde distintos frentes que perseguían distintos intereses. En estas reformas concurrieron grupos tan diversos como aquellos dedicados a la defensa de derechos humanos, que pretendieron afianzar el Poder Judicial como una forma de hacer contrapeso a los regímenes autoritarios y contribuir al establecimiento y consolidación de las democracias emergentes, así como agencias de financiación internacional, quienes consideraron importante fortalecer el Poder Judicial como una forma de proteger las inversiones, ya que un adecuado funcionamiento del aparato judicial otorgaría seguridad jurídica en las transacciones económicas (Uprimny, 2006, 61).

Algunos estudios comparados han concluido que, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, Colombia ha mostrado un grado de independencia judicial relativamente mayor a la que presentan algunos de los países de América Central y América del Sur (Stein, Tommasi *et al.*, 2006, 88 y 89). Este es un factor clave para explicar la mayor intervención de los jueces nacionales en los asuntos políticos, ya que la independencia judicial es una de las condiciones más importantes que deben estar presentes para que las cortes puedan ser consideradas como instancias frente a las

²² Cfr.: Kapiszewski y Taylor, 2008, 741.

cuales es viable controvertir y controlar actuaciones de las demás ramas del poder.²³

La importancia de la independencia judicial como uno de los factores que permiten y amplían la participación de los jueces en el control de los asuntos políticos, ha sido resaltada por un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo. Este estudio concluyó que “con el establecimiento de estructuras institucionales que conducen a mayores niveles de independencia judicial, las cortes se han vuelto menos subordinadas y la judicatura se ha repositionado en relación con las ramas del Gobierno. El número de decisiones judiciales en contra de las preferencias del Ejecutivo se ha generalmente incrementado en varios países latinoamericanos. En total, las decisiones de las cortes están asumiendo una mayor importancia en las políticas públicas y en la política en general” (Stein, Tommasi *et al.*, 2006, 81).

1.2.2.3. *Presidencialismo*

El presidencialismo es una forma de gobierno en la cual el Presidente es elegido popularmente y existe una separación de funciones entre distintos órganos estatales. Históricamente, ha estado presente desde las primeras constituciones colombianas, y hoy en día se manifiesta en casi todos los países de América Latina.

²³ Hay quienes consideran, incluso, que la “independencia judicial es una [condición] *sine qua non* de la judicialización de la política”. *Cfr.*: Ríos-Figueroa y Taylor, 2006, 742.

Hay quienes argumentan que la existencia del presidencialismo favorece la importancia del rol judicial como instancia de control al poder, y aducen que esto se debe a que en los regímenes donde se difumina el poder político –como es el caso de los regímenes presidenciales– el control judicial suele ser más activo.²⁴ En efecto, teniendo en cuenta que una de las características más sobresalientes de los regímenes presidenciales es la de estatuir distintos tipos de controles para evitar los desafueros y abusos en el ejercicio del poder, tales controles pueden tener el efecto de fragmentar el poder, en beneficio de una mayor intervención judicial.²⁵ Además, es importante tener en cuenta que la intervención judicial será posible ya que, siguiendo la lógica del control del poder, los sistemas presidenciales suelen reconocerle a las cortes distintas facultades que les permiten revisar un amplio número de actividades estatales, con el fin de verificar que sean efectivamente desarrolladas por los poderes públicos titulares de tales actividades.

A la luz de la realidad colombiana, la afirmación que sostiene que la forma de gobierno presidencial potencia el

²⁴ Al respecto, Ginsburg señala que “existe una clara correlación entre el control activo y las sistemas políticos difusos (*diffused politics*)”. Cfr.: Ginsburg, 2003, 18.

²⁵ Al respecto, Ferejohn apunta que “los sistemas presidenciales prevén medios por los cuales las diferentes ramas pueden controlar a las otras en el ejercicio de las funciones que les son propias. Normalmente, el presidente tiene alguna clase de poder de veto, las legislaturas usualmente controlan o tienen autoridad sobre el control del presupuesto, y las cortes necesitan de acciones del ejecutivo y a veces del legislativo para hacer cumplir sus órdenes. Controles de esta clase tienden a producir circunstancias de estancamiento y crisis” (2002, 58).

control judicial, debe ser matizada y reconducida a sus justas dimensiones. Si bien el diseño inicial de la Constitución de 1991 configuró a Colombia como un régimen presidencial caracterizado por la separación de poderes públicos, creando una Corte Constitucional con amplias facultades para revisar la actuación de tales poderes,²⁶ debe repararse en el hecho de que este régimen ha sido drásticamente afectado por posteriores reformas constitucionales, específicamente por el acto legislativo que modificó la Constitución para permitir la reelección inmediata del Presidente de la República.²⁷ Con esta reforma constitucional se creó un desequilibrio institucional que privilegia la posición del Ejecutivo, a la vez que afecta a los poderes Legislativo y Judicial, así como a los órganos autónomos e independientes.²⁸ Es así como persisten los controles interorgánicos establecidos originariamente por la Constitución de 1991, pero se ha introducido un elemento que potencialmente puede hacer que tales controles se vuelvan inoperantes. En otras palabras, el presidencialismo, con los controles que implica, puede dejar de servir, o mejor, puede servir en menor medida, para explicar la participación de los jueces en asuntos políticos.

²⁶ Ver *supra*, 1.2.2.1 Creación de la Corte Constitucional, en este libro.

²⁷ Se trata del acto legislativo 02 del 27 de diciembre de 2004, “*Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones*”.

²⁸ Al respecto, Mauricio García Villegas destaca que “durante los últimos seis años, ha habido una concentración tal de poder en el gobierno central, en buena parte originada en la reelección, que ha modificado no solo el equilibrio entre los poderes públicos en el Estado sino también el tipo de régimen político que tradicionalmente ha existido en Colombia” (García Villegas, 2009, 11).

1.1.3. Elementos políticos

Un tercer grupo de factores que han alimentado la mayor intervención de los jueces en asuntos concernientes a la vida política nacional tiene que ver con el comportamiento de los distintos actores que toman parte del sistema político colombiano. En este apartado se explica cómo la crisis en la representación democrática, que ha tenido como efecto alejar las actividades de las autoridades públicas de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos constitucionales, ha dado lugar a que se acuda a los jueces con la intención de que estos hagan cumplir tales obligaciones constitucionalmente estatuidas.

Conviene iniciar por señalar que tradicionalmente los órganos políticos han permanecido ajenos al cumplimiento de las obligaciones de respeto, protección y garantía que se desprenden de las normas que consagran derechos de las personas. Esto ha hecho que tales órganos no hayan funcionado como cajas de resonancia sensibles al cumplimiento de los derechos de las personas y, en especial, a la satisfacción de las necesidades sociales más apremiantes.

En alguna medida, esto se debe a que se ha pretendido argumentar que las políticas públicas y los derechos pertenecen a dos tipos de discursos, que no guardan relación ni puntos de contacto entre sí. En este sentido, se indica que mientras que la elaboración de las primeras se regula por argumentos de carácter técnico y operativo, los segundos se construyen y funcionan por argumentos retóricos y discursivos, por lo que

estos no tendrían nada que aportar a aquellas.²⁹ Esto muestra que el carácter normativo de los derechos ha sido una razón insuficiente para justificar la inclusión de una perspectiva de derechos a la elaboración de las políticas públicas, ya que aquellos no han permeado el contenido de estas.

El anterior es un fenómeno que se presenta de manera generalizada en los Estados contemporáneos. En este sentido, puede observarse que, con pocas excepciones, tras la crisis de los Estados sociales tradicionales, las políticas sociales emprendidas por las autoridades públicas de los distintos países no han perseguido la garantía de los derechos, aun cuando estos deberían estar sustraídos de las coyunturas y los vaivenes políticos. Por el contrario, se han desarrollado políticas focalizadas que “más que igualar a los desiguales, han tendido a operar como concesiones revocables y discrecionales, cuando no como auténticas medidas de control de pobres” (Pisarello, 2007, 13 y 14).

Esta situación no ha sido ajena a nuestra realidad nacional. De acuerdo con algunos estudios, en Colombia existe una crisis de representación democrática que, conjugada con la debilidad institucional que afecta al país, ha facilitado que los poderes públicos se desprendan de algunas de sus funciones y responsabilidades más primordiales, como lo son la garantía y aplicación de los derechos constitucionalizados a todas las personas que habitan en el territorio

²⁹ *Cfr.*: Pérez Murcia, 2007, 73. Este autor señala que existe una separación tal, que se puede afirmar que hoy en día “se advierte un divorcio entre la lógica de los derechos y la lógica de las políticas públicas”.

nacional (Garay, 2003, 163). Esta crisis de representación se ha agudizado debido a que los movimientos sociales en Colombia, quienes tienen la posibilidad de acosar a los órganos representativos por medio de sus críticas y demandas, se han visto afectados por dos situaciones que impiden su fortalecimiento, y que causan, por el contrario, su debilitamiento. Los movimientos sociales en Colombia padecen de una debilidad histórica y se enfrentan a una serie de riesgos como consecuencia de la violencia sociopolítica que los hace vulnerables y los disuaden de actuar en la arena política (Uprimny y García, 2002, 262), lo cual les impide acudir ante las instancias de poder para exigir de estas el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos constitucionales.

La falta de actividad de los órganos políticos en la elaboración de políticas públicas diseñadas con el fin de hacer cumplir las obligaciones impuestas por los derechos humanos, ha fomentado una mayor actividad de los jueces en los asuntos políticos en Colombia. De hecho, es posible afirmar que, en términos generales, el grado de intervención de los jueces depende en cierta medida del grado de inactividad de los órganos políticos: cuanto menor sea la acción del Legislativo o el Ejecutivo, mayores son las posibilidades de actuar que tiene el Poder Judicial, por cuanto en estos casos es innecesario acudir a los jueces para solicitarles que exijan a los poderes públicos el cumplimiento de su deber, que es adoptar medidas para proteger los derechos constitucionales; y a la inversa, cuanto menor sea la actuación de los órganos políticos, mayor será el protagonismo de los jueces, por cuanto quienes son afectados por la inactividad estatal, acudirán a ellos con

la intención de que hagan cumplir sus derechos.³⁰ En otras palabras, es posible afirmar que la actividad del Poder Judicial se activa frente a la pasividad de los poderes con capacidad de creación normativa. En consonancia con esta conclusión, Langford anota que “se puede percibir mayor actividad judicial en aquellas jurisdicciones donde el incumplimiento sistemático del Estado en abordar las desventajas sociales es quizás más extremo”, y agrega que Colombia (al igual que India y Brasil) es un ejemplo obvio de ello (Langford, 2008, 33).

1.3. Conclusiones

En las páginas anteriores se ha intentado identificar cuáles son algunos de los elementos que han influenciado la configuración del control que ejerce la Corte Constitucional en Colombia. Luego de realizar una aproximación en este sentido, los resultados de este breve estudio apuntan a afirmar que en el país existen distintos elementos que, al converger, aportan importantes luces para explicar por qué la Corte ha tenido un rol protagónico en el control de algunas de las actuaciones de las autoridades estatales, incluyendo las políticas

³⁰ Respecto del tamaño del control judicial en ausencia o presencia de disposiciones que protegen una clase específica de derechos (los derechos sociales), Tushnet señala que “cuando las prestaciones sociales son densas, la necesidad de control judicial de los derechos sociales [...] disminuye”. Para ilustrar su afirmación, trae a colación los casos de Suecia y Países Bajos, donde existen sistemas bastante sustanciales de prestaciones sociales y garantías para la protección de los derechos sociales en sus constituciones, y tienen sistemas reducidos de control judicial. Concluye afirmando que “la necesidad de que las cortes lidien con [la protección de derechos sociales] se reduce cuando existen sistemas sustanciales de prestaciones sociales desarrolladas por el legislador” (Tushnet, 2002, 444 y 445).

públicas diseñadas e implementadas por las ramas Legislativa y Ejecutiva.

Es así como frente a la pregunta de ¿cuáles son las razones que han facilitado que la Corte Constitucional conozca, en su labor judicial, de asuntos tradicionalmente considerados como de competencia de los órganos políticos?, se puede responder con una hipótesis que, formulada sintéticamente, podría resumirse así: en Colombia existe un distanciamiento (divorcio) entre las políticas públicas y la protección de los derechos, lo cual ha impulsado a los titulares de tales derechos a exigir su cumplimiento frente a otras instituciones públicas. Este distanciamiento es más grave y afecta a una mayor cantidad de políticas estatales, si se tiene en cuenta el amplio número de derechos que la Constitución protege y que tales políticas ignoran. Frente a esta situación, la Corte Constitucional ha sido elegida por los ciudadanos afectados como una instancia adecuada para hacer exigibles tales derechos, pues la independencia judicial que existe en Colombia –y de la cual la Corte se beneficia– la ha dotado de credibilidad y autoridad para poder ejercer tal función. La exigibilidad de los derechos por parte de los titulares a quienes se los han incumplido se facilita por la existencia de una acción (la tutela) expedita y de costos bajos, que permite que tales personas accedan de manera generalizada a los jueces, y posteriormente a la Corte, cuyas amplias atribuciones, concebidas en la lógica de un sistema presidencialista, le permiten decidir cuáles son las políticas públicas controvertidas por medio de acciones de tutela que podrán ser revisadas por ella.

Ahora bien, es importante precisar el alcance descriptivo de la hipótesis formulada.³¹ Esta sirve para explicar por qué la Corte Constitucional se ha convertido en un actor protagónico de la vida política nacional. No pretende, por el contrario, decir nada con relación a cuáles han sido los resultados de tal protagonismo, por ejemplo cuáles han sido las formas de control desarrolladas por la Corte (si ha sido pasivo, débil o fuerte),³² o si se ha tratado de un control liberal o conservador, u otras cuestiones relacionadas con los resultados o consecuencias de la intervención judicial.

Respecto de este último punto, es importante aclarar que la existencia de un Poder Judicial activo no implica necesariamente que los jueces vayan a ejercer un rol progresista en la determinación de los asuntos políticos.³³ Activismo (o protagonismo) y progresismo judicial no son términos equivalentes, ya que también pueden existir jueces activos (o protagónicos) que cumplan un rol conservador (lo cual, como es obvio, es contrario a una actuación progresista). Quizás el ejemplo al que se ha acudido de manera más recurrente para ilustrar este punto sea el de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, en la denominada “era Lochner” (que comprende los años que van desde 1905 hasta 1937), anuló distintas regulaciones que establecían medidas redistributivas a favor de sectores y grupos de la población (considerados

³¹ En esta aclaración se sigue, en lo esencial, a: Uprimny y García, 2002.

³² Sobre el concepto de control judicial pasivo, débil y fuerte, *cfr.*: Tushnet Mark, 2002, 2004, 2008.

³³ En lo esencial, en este punto se sigue a: Uprimny, 2007a.

como) débiles,³⁴ con el argumento de que ellas desconocían la libertad contractual y la propiedad individual.

Teniendo en cuenta lo anterior, la afirmación de que en Colombia la Corte Constitucional ha ejercido un rol protagónico en la vida política nacional, no debe ser asimilada inmediatamente con otra que señale que la hipótesis formulada antes sirve para sostener que la Corte ha ejercido un papel progresista, que ha contribuido a la emancipación social de los grupos débiles o marginados. Para poder sostener este último aserto haría falta un estudio distinto (más complejo que el actual), que no se aborda en estas páginas.

³⁴ Laurence Tribe explica que durante esta era se consideró que el único fin que podía perseguir cualquier regulación gubernamental era el de promover “el bienestar general”. De esto se seguía que cualquier reglamentación que impusiera gastos a unos individuos con el fin de distribuir recursos y beneficios a favor de otros, “se extendería más allá de los límites implícitos de la autoridad legislativa”. *Cfr.*: Tribe, 2000, 1348.

Capítulo 2. La modulación de fallos de tutela. Concepto, fundamentos y clases

2.1. Introducción

En el capítulo anterior se propuso una lectura del protagonismo judicial en Colombia, de acuerdo con la cual este fenómeno puede ser explicado a partir de distintos elementos (normativos, institucionales y políticos) que, conjugados, pueden haber influido en el fortalecimiento del rol desempeñado por la Corte Constitucional en la vida política nacional. Este protagonismo judicial ha tenido múltiples manifestaciones a lo largo de los años de actividad de la Corte, siendo una de ellas la modulación de los efectos de los fallos de tutela, técnica mediante la cual la Corte ha extendido los efectos de las decisiones que adopta con ocasión del control concreto de constitucionalidad, con el fin de que estos abarquen a personas que no fueron parte en el proceso de tutela estudiado.

Esta manifestación del protagonismo judicial es, precisamente, el tema que constituye el objeto central de esta investigación. Con el objetivo de iniciar con su estudio, en este apartado se pretende realizar un análisis sistemático de la jurisprudencia constitucional en la que se ha utilizado la técnica de la modulación de los efectos de los fallos de tutela, con la intención de formular algunas precisiones analíticas respecto del concepto, los fundamentos y la tipología de los

fallos modulados. En los capítulos posteriores, se mostrará la forma cómo en la práctica ha operado esta teoría a la luz de algunos casos sobresalientes que son útiles para ese propósito. Por último, el trabajo finalizará con el estudio de las principales críticas que han sido expuestas por algunos sectores que se oponen a esta práctica, para determinar si estas son fundamentadas o no.

En la medida en que este capítulo pretende realizar un análisis de la jurisprudencia elaborada por la Corte en materia de modulación de los efectos de los fallos de tutela, conviene explicar cuál es la metodología que se seguirá para llevar adelante esta tarea. Es pertinente realizar estas precisiones, ya que la metodología para la selección de casos es un asunto de importancia especial cuando se pretende reconstruir una práctica jurisprudencial, más aún cuando se trata de reconstruir una práctica de la Corte Constitucional colombiana, que ha tenido una prolija producción de sentencias desde su creación. En el caso bajo estudio, el análisis jurisprudencial ha resultado menos complejo que cuando se trata de estudiar otros asuntos que son más frecuentemente abordados por la Corte, ya que son (comparativamente) pocos los casos en los cuales esa institución ha hecho referencia a la modulación de los efectos de los fallos de tutela, algunos de los cuales, por demás, han sido reiteradamente citados por la doctrina, lo cual facilita su identificación y hace que sean un referente ineludible en la materia. Tomando como punto de partida esos casos guía, se ha optado por utilizar el método de la “ingeniería inversa”, propuesto por el profesor Diego López, como herramienta para el análisis de las decisiones judiciales

(López Medina, 2006, 168-171), sin que ello implique desconocer las limitaciones que enfrenta esta propuesta.¹

Así, pues, habiendo hecho estas precisiones, se pasa a estudiar el concepto y los fundamentos y a proponer una clasificación de los fallos modulados de tutela, todo esto a la luz de la metodología explicada.

2.2. Concepto

Tradicionalmente, en el derecho constitucional colombiano la expresión *modulación de los efectos de los fallos* se ha utilizado para designar aquellas sentencias cuyos efectos *no* son los que por regla general se les concede a las decisiones de la Corte Constitucional, sino que, por el contrario, constituyen excepciones frente a esta. La modulación de fallos es, por lo tanto, un concepto que se encuentra atado a los efectos que excepcionalmente se le otorgan a las decisiones, y ha sido aplicado por la Corte en fallos tanto de constitucionalidad como de tutela.

Para ilustrar lo anterior, es útil recurrir a algunos ejemplos. De un lado, en cuanto a las decisiones de *constitucionalidad*, la modulación de los efectos de una sentencia se presenta cuando, entre otros casos, la Corte dicta fallos de constitucionalidad condicionada o de inconstitucionalidad diferida. El primer

¹ En este sentido, Quinche, a la vez que reconoce sus ventajas, señala que la técnica de la “ingeniería inversa” afronta la dificultad de que no todos los despachos profieren decisiones con reconstrucciones argumentales consistentes que permitan confiar en las citas que se incluyen en las sentencias que elaboran, sino que debe reconocerse que los fallos que tales despachos emiten “porta[n] inevitablemente elementos aleatorios” (Quinche, 2008, 27).

caso se da frente a un enunciado normativo que admite dos o más interpretaciones posibles, de las cuales por lo menos una es constitucional y otra no. En este caso, la decisión de la Corte no se limita a emitir una sentencia en la que declara que todas las interpretaciones son exequibles, o que todas ellas son, por el contrario, inexecutable. En lugar de esto, la sentencia de la Corte señala cuál o cuáles son las interpretaciones que se ajustan a la Constitución, y cuál o cuáles no, declarando constitucionales las primeras e inconstitucionales las segundas. En este sentido, las sentencias de exequibilidad condicionada son una *excepción* a las de simple exequibilidad o simple inexecutable, que son las usualmente adoptadas por el tribunal. El segundo ejemplo, por su parte, tiene lugar cuando la Corte considera que una norma, pese a ser inconstitucional, no puede ser retirada del ordenamiento jurídico de manera inmediata, ya que ello generaría una situación que violaría la Constitución de manera aún más grave que si la norma inconstitucional permaneciera vigente. En estos casos, la Corte ha optado por permitir que la norma perviva por un tiempo limitado, mientras se adoptan las medidas que permitan retirarla del ordenamiento sin que haya lugar a una más grave violación de la Constitución. De esta forma, este segundo ejemplo es una *excepción* al efecto general *pro futuro* de las sentencias de constitucionalidad, de acuerdo con el cual una norma queda sin efectos a partir del momento mismo en el que se declara inconstitucional.²

² Para un análisis de la modulación de fallos de constitucionalidad, *cfr.*: Martínez Caballero (2000); y Solano, 2007, 523-614; Corte Constitucional, sentencia C-109 de 1995.

Algo (relativamente) similar sucede en el caso de las sentencias de control concreto de constitucionalidad. Los pronunciamientos judiciales por medio de los cuales se revisan acciones de tutela tienen, por regla general, efectos *inter partes*, en tanto que las decisiones a las que allí se llega en principio solo resultan aplicables a las partes que conformaron un litigio específico.³ Sin embargo, en algunas “circunstancias especialísimas” y de manera excepcional, los fallos de tutela pueden tener efectos más allá de quienes eran parte en el litigio.⁴ Las circunstancias especialísimas que justifican la adopción de este tipo de fallos tienen lugar cuando los derechos fundamentales de quienes no acudieron a la acción de tutela se encuentran en riesgo de ser o están efectivamente siendo vulnerados.

De acuerdo con lo anterior, puede proponerse como definición aproximada de lo que ha sido denominado *fallos modulados de tutela*, una en el siguiente sentido: son fallos modulados de tutela aquellos dictados por la Corte Constitucional con ocasión de la revisión de fallos de tutela, en los que los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente *inter partes*, y cuya adopción se justifica –según la Corte– para proteger los derechos de quienes no acudieron a la tutela.

³ De acuerdo con la Corte Constitucional, el fundamento normativo de esta afirmación se encuentra en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la tutela), que en lo pertinente señala que “[l]as sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto [...]”. Así, por ejemplo, Corte Constitucional, sentencia T-105 de 2002, fundamento jurídico (f. j.) 5.

⁴ En este sentido, *cf.*: Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001, f. j. 8.

Esta definición comprende tres elementos que son característicos de esta clase de fallos, y que serán explicados con mayor detalle más abajo. Por ahora, baste señalar que tales elementos son: en primer lugar, que los fallos modulados de tutela solo pueden ser emitidos por la Corte Constitucional, mas no por los jueces que tienen que resolver en primera y segunda instancia de las acciones de tutela; en segundo lugar, que son fallos en los que las órdenes que se emiten cubren a sujetos que no hicieron uso de la acción de tutela; y en tercer lugar, su adopción se justifica pues solo de esta forma se garantizarían los derechos fundamentales de personas que no han acudido a la acción de tutela.

2.3. Fundamentos

Aun cuando los fallos de tutela con efectos modulados que ha dictado la Corte Constitucional son de características y alcance diversos, existen algunos pronunciamientos en los que el tribunal se ha referido, de manera general, a las razones que dan sustento a su competencia para adoptar decisiones de tutela que vayan más allá de las partes concretas dentro de un proceso. La Corte, también, ha aportado argumentos para justificar la elección que ella hace respecto de cuál es, entre las clases de modulación, la que debe aplicarse para el caso específico que revisa, como se mostrará cuando se hable de cada uno de los tipos de modulación.

En términos generales, pueden distinguirse dos argumentos principales que la Corte ha utilizado para fundamentar su facultad de modular los efectos de los fallos de tutela. De un lado, existe un argumento que es común a la modulación

de fallos de constitucionalidad y de tutela; y de otro lado, un argumento específicamente referido tan solo a estos últimos. A continuación se explica y comenta (cuando haya lugar a ello) estos argumentos.⁵

2.3.1. La Corte es la única competente para fijar el efecto de sus decisiones

En distintos pronunciamientos, algunos de ellos dictados a partir de sus primeros años de actividad, la Corte Constitucional ha afirmado de manera consistente y reiterada que ella es la única institución competente para decidir cuál debe ser el alcance de los efectos de los fallos que adopta. De acuerdo con la Corte, la facultad exclusiva de modular los efectos de sus decisiones encuentra su fundamento —entre otros— en la cláusula constitucional del artículo 241, que establece que la Corte Constitucional es la autoridad a la que se le confía “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

⁵ Además de estos dos, la Corte se ha referido en algunas (pocas) ocasiones a otros dos argumentos. *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia T-203 de 2002, f. j. 4.1 y notas al pie 14 a 17. Ha dicho que la facultad de extender los efectos de los fallos no es exclusiva de la Corte en la revisión de los procesos de tutela, ya que, de un lado, opera en otras jurisdicciones —por ejemplo, la civil, con la figura del acción indemnizatoria a favor de grupos de consumidores— y, de otro lado, el derecho comparado muestra que existe en otros ordenamientos jurídicos, en figuras como las *class actions*. Se trata de argumentos *a simili* de escasa pertinencia, ya que el uno (acción indemnizatoria y otras similares) hace referencia a instituciones reguladas en la ley y no a una creación de jurisprudencia (como sí lo es la modulación de fallos de tutela), y el otro (*class actions* y similares) se refiere a otra clase de acciones, que existen en nuestro ordenamiento jurídico, también reguladas por la ley, y cuya finalidad, precisamente, es proteger derechos a grupos de personas. Es por esto que, si bien se reconoce su existencia, no se profundizará en estos argumentos.

La Corte ha entendido que “el paso previo e indispensable” para cumplir la misión que el artículo 241 de la Constitución le encarga, es el de fijar cuál es el alcance de los efectos de las sentencias que ella emite,⁶ sean de constitucionalidad o de tutela, y esto se traduce en el deber de “adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (Corte Constitucional, sentencia C-109 de 1995, f. j. 4), con el fin de evitar que en la aplicación de lo ordenado por medio del fallo se produzcan situaciones paradójicas o equívocos que violen la Constitución. El razonamiento de la Corte, entonces, parte de una atribución normativa amplia que la Constitución le reconoce (artículo 241) para justificar la facultad de establecer los efectos de sus decisiones. Este argumento parece indiscutible, teniendo en cuenta que es mediante el ejercicio de esta facultad que se pueden determinar cuáles serán los resultados de un juicio de constitucionalidad (concreto o abstracto) adelantado por la Corte.

⁶ La primera decisión en la que la Corte se pronunció en este sentido data de 1993. En aquella oportunidad, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso segundo del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 (el cual fija el régimen procedimental de la Corte Constitucional), y en el que se regulaban los efectos temporales de una decisión de la Corte Constitucional, la Corte se preguntó acerca de “¿cuál es la autoridad llamada a señalar los efectos de los fallos de la Corte?”, respondiendo que “la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la ‘integridad y supremacía de la Constitución’, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos” (Corte Constitucional, sentencia C-113 de 1993, f. j. F).

Ahora bien, es importante precisar que la facultad de la Corte de adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita proteger la supremacía e integridad de la Constitución, no debe ser entendida como una autorización “en blanco” para que ella emita *cualquier* tipo de decisión en todos los casos en los que invoque su misión de hacer que la Carta Política se cumpla. Por el contrario, las modalidades de sentencia que la Corte emita deben evitar, de manera general, que se interfiera con las funciones conferidas a los demás órganos estatales y, más específicamente, que no se socave el principio mayoritario, pues solo así se garantizará una verdadera guarda de la supremacía e integridad de la Constitución.⁷

Para concluir este punto, vale la pena mencionar que la Corte ha considerado que en tanto que ella es la única a la que la Constitución instituyó como guardiana de su integridad y supremacía, la facultad de modular los efectos de los fallos de tutela es una atribución que le corresponde desempeñar de manera exclusiva cuando ejerce su función de revisión. *A contrario sensu*, esta facultad no puede ser ejercida por ningún juez de instancia que resuelva acciones de tutela.⁸

A esta altura, es pertinente plantearse la siguiente pregunta, que no encuentra una respuesta exacta en las normas positivas: la función de guardar la supremacía e integridad de la Constitución Política, ¿es exclusiva de la Sala Plena, o

⁷ Las limitaciones que el principio mayoritario o democrático imponen al ejercicio del control de constitucionalidad serán abordadas con mayor detenimiento en el capítulo 4, cuando se analice si los fallos modulados de tutela han socavado el principio democrático.

⁸ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-783 de 2003, f. j. IV-(iv).

también se extiende a las Salas de Revisión? y, en el mismo sentido del anterior interrogante: ¿la modulación de los efectos de los fallos solo puede ser hecha por la Sala Plena, o también una Sala de Revisión puede hacerla? Respecto de la primera pregunta, es preciso indicar que la jurisprudencia constitucional no ha respondido de manera puntual a este interrogante, aunque ha manifestado que las decisiones de la Sala Plena tienen “un efecto mayor” a las adoptadas por las Salas de Revisión.⁹ Es por esto que el segundo interrogante no ha sido abordado explícitamente por la Corte. Sin embargo, el hecho de que la Corte no se haya planteado este interrogante no ha sido un impedimento para que las Salas de Revisión hayan modulado los efectos de sus fallos. Por el contrario, tal como se mostrará más abajo, la práctica judicial muestra que son varios (y especialmente trascendentales) los casos en los que las Salas de Revisión han modulado el alcance de sus fallos.

2.3.2. Finalidad de la acción de tutela

Este es, quizás, el argumento más sólido que ha sido esgrimido por la Corte para dar sustento a su facultad de proferir fallos con efectos modulados. Sintéticamente explicado, sostiene que en ningún caso por medio de la acción de tutela se pueden desconocer derechos fundamentales, ya que su

⁹ Con relación a este punto, en el auto 071 de 2001, f. j. 3, la Corte indicó: “Cuando la Corte Constitucional se pronuncia sobre una materia respecto de la cual debe unificar jurisprudencia y obrar como cabeza de la jurisdicción constitucional, sus decisiones tienen un efecto mayor a las que adopta generalmente en Salas de Revisión de tutela”.

finalidad es la de protegerlos. Es por esto que se justifica que la Corte, cuando se enfrenta a un caso en el que –a su juicio– la protección de los derechos de las personas tutelantes tiene como consecuencia el correlativo desconocimiento de algunos derechos de un grupo de personas no tutelantes (principalmente, su derecho a la igualdad), extienda los efectos de sus fallos para impedir que tales consecuencias negativas tengan lugar.¹⁰ Si la Corte no procediera de esta forma, se correría el riesgo de que sus decisiones fueran “un nuevo factor de diferenciación injustificada” entre los tutelantes y los no tutelantes, ya que a pesar de que ambos grupos se encuentran en similar situación, es tan solo a favor de los primeros que se concede la protección.¹¹

Se trata de una argumentación teleológica que apela a la *ratio legis* de la acción de tutela, como fundamento de la facultad de ordenar que los efectos de los fallos de control concreto abarquen a sujetos que no hacían parte del proceso. En los casos en los que la Corte ha hecho uso de este argumento, el derecho a la igualdad ha sido el que se ha identificado como eventualmente violado en perjuicio del grupo de los no tutelantes.

¹⁰ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001, f. j. 8. Aun cuando en esta y otras sentencias la Corte se ha referido a la “naturaleza” de la acción de tutela, es claro que el argumento de la Corte no es “naturalista”, sino *teleológico*, en cuanto apela a la finalidad de la ley considerada de manera abstracta. Sobre el concepto de estas dos clases de interpretación, *cfr.*: Guastini, 1999, 218 y 219.

¹¹ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia T-1258 de 2008, f. j. 6.3.4.

2.4. Clases de fallos modulados de tutela

Tradicionalmente, la doctrina¹² y la jurisprudencia nacional¹³ han considerado que en la práctica de la Corte Constitucional se distinguen (cuando más) tres clases de fallos de tutela con efectos modulados (en el sentido que aquí se le ha dado a esta expresión). Se trata, de acuerdo con la denominación de la Corte, de las sentencias con efectos *inter pares*, *inter comunis* y del estado de cosas inconstitucional que se declaran por medio de los fallos que revisan acciones de tutela.

Si bien esta clasificación recoge varios de los casos en los que, en efecto, la Corte ha modulado el efecto de sus decisiones de control concreto, deja por fuera otras que también van más allá de quienes hacen parte del proceso de tutela. Es el caso, específicamente, de aquellas ocasiones en las que la Corte ha ordenado a distintas autoridades estatales crear una determinada política pública que sirva para proteger a las personas que han acudido a la tutela, y que se designarán con el nombre de “fallos de tutela donde se ordena la adopción de políticas”.¹⁴ También, en este estudio, la denominación de “sentencias con efectos *inter comunis*” será utilizada no solo para referirse a aquellas decisiones en las que la Corte le ha dado, de manera expresa, este tipo de efectos a sus fallos, sino que bajo esta categoría se incluirán tipos de sentencias simila-

¹² Cfr.: Botero, 2006, 170-180; y Quinche, 2008, 570-574.

¹³ Cfr.: Corte Constitucional, sentencia SU-783 de 2003, f. j. III, referida a los efectos *inter pares* e *inter comunis*.

¹⁴ En ocasiones, la Corte Constitucional ha incluido este tipo de sentencias como ejemplo de casos modulados de tutela. Cfr.: Corte Constitucional, sentencia T-203 de 2002, f. j. 4.1, nota al pie 12.

res, donde los efectos se han extendido a personas que, junto con los tutelantes, conforman un *grupo* o una *comunidad*, con independencia de la denominación atribuida por la Corte.

Es pertinente aclarar que la clasificación que aquí se propone introduce variaciones respecto de la clasificación “tradicional”, no porque esta última sea *falsa* o *equivocada*, sino porque permite abarcar un número más amplio de casos en los que los efectos de las sentencias han cobijado a personas que no eran parte dentro del proceso.¹⁵

2.4.1. Fallos de tutela con efectos inter pares

2.4.1.1. Generalidades

En algunas ocasiones, la Corte Constitucional ha emitido sentencias en las que ha ordenado que su parte resolutive tenga efectos “respecto de todos los casos semejantes”, siempre que entre tales casos existan supuestos de hechos que los hagan análogos.¹⁶ Como fundamento específico de esta clase de fallos,¹⁷ la Corte ha manifestado que la facultad de adoptarlos se desprende de la doctrina sobre la fuerza vinculante de

¹⁵ Valga la pena recordar que las clasificaciones en derecho —como en cualquier otro campo— no son “naturales” o “ciertas”, en el sentido de que reflejen divisiones que son propias de (algo así como) “la naturaleza de las cosas”. En este sentido, Genaro Carrió recuerda que “[l]as clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables” (1994, 99).

¹⁶ *Cfr.*: Corte Constitucional, Auto 071 de 2001, f. j. 3.

¹⁷ Además de este *fundamento específico*, la Corte se basa en el argumento que fue explicado en el apartado 2.3.1. de este capítulo.

algunos apartes de las consideraciones de las sentencias, de acuerdo con la cual los casos deben ser decididos en el mismo sentido en que anteriormente lo fueron aquellos con respecto a los cuales el asunto estudiado presenta similitudes fácticas (siempre que, claro está, tales casos existan).

En los fallos con efectos *inter pares*, los destinatarios de la orden que emite la Corte Constitucional son los jueces de la República encargados de decidir en primera y segunda instancia acciones de tutela, a quienes, hasta la fecha, se les ha ordenado, en primer lugar, inaplicar una norma administrativa en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad¹⁸ y, en segundo lugar, observar el precedente constitucional que permite que las facultades de derecho establezcan los exámenes preparatorios como requisito del grado de abogado, y declarar la nulidad de dicho grado en contra de quienes no hayan cumplido con el requisito mencionado.¹⁹

Ahora bien, si los efectos *inter pares* de un fallo se aplican cuando se está en presencia de casos que son similares uno respecto de otro, parece necesario determinar qué es lo que debe entenderse por “similar”, o por sus sinónimos “semejante” o “análogo”, para saber a cuáles casos se les debe aplicar estos efectos. Sin embargo, este no es un interrogante fácil de contestar, teniendo en cuenta que lo que se requiere es definir palabras imprecisas o vagas, que hacen referencia a propiedades que en la realidad se presentan en tonalidades o

¹⁸ Cfr.: Corte Constitucional, Auto 071 de 2001.

¹⁹ Cfr.: Corte Constitucional, sentencia SU-783 de 2003, reiterado en sentencias T-305 y T-445, ambas de 2004.

colores diferentes y que no tienen claros límites cuantitativos que permitan saber con exactitud en qué ocasiones se puede hablar de “casos similares”.²⁰ Es por esto que es más útil reformular la pregunta a otra que indague acerca de *¿qué tan similar* debe ser un caso de otro para que a él se le apliquen los efectos *inter pares*? O, dicho con mayor precisión, ¿cuáles son los criterios de semejanza que han sido tenidos en cuenta por la Corte para ordenar que casos distintos sean resueltos de igual manera?

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado una respuesta aproximada a los interrogantes planteados. En una ocasión, la Corte consideró que cuando en un caso concreto el tribunal decidiera inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución (haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad), esta decisión podría (y debería) ser seguida posteriormente por los jueces de instancia cuando se presentaran “de manera simultánea” las siguientes condiciones: (i) que se advierta que la norma infraconstitucional en cuestión desconoce de manera palmaria, abierta y directa por lo menos, una norma constitucional específica; (ii) que la norma constitucional violada defina de manera clara la regla jurídica aplicable al caso; (iii) que la inconstitucionalidad no dependa de los hechos particulares del caso estudiado; (iv) que la norma infraconstitucional que se estudia regule materias sobre las cuales la Corte Constitucional ha sido investida de una responsabilidad especial; y (v) que la inconstitucionalidad

²⁰ Sobre la imprecisión por las propiedades que se dan en un *continuo*, en el sentido en que aquí se han definido, *cf.*: Nino, 2001, 264.

de la norma que se pretende inaplicar haya sido reconocida o reiterada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.²¹

2.4.1.2 *Auto 071 de 2001: efectos inter pares de la inaplicación del decreto 1382*

Para ejemplificar la forma como la Corte ha utilizado los efectos *inter pares* de sus decisiones, se hará una breve referencia al auto 071 del 7 de febrero de 2001, que es la decisión más conocida en materia de aplicación de efectos *inter pares* a una decisión de control concreto de constitucionalidad.

Por medio de este auto, la Corte conoció de un conflicto negativo de competencia que se presentó entre el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima y el Juzgado Octavo Civil Municipal de Ibagué. Ambos jueces negaban tener competencia para resolver la acción de tutela que había planteado la señora Gloria Inés Pardo de González en contra de Crearsalud Limitada, invocando como fundamento de su decisión la aplicación o inaplicación del artículo 1° del decreto 1382 de 2000, “*Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela*”.

Para resolver este caso, la Corte recordó que en múltiples ocasiones (que sumaban un total cercano a noventa providencias) había inaplicado, mediante la excepción de inconstitucionalidad, el artículo 1° del decreto 1382 de 2000, por cuanto este era manifiestamente contrario a los artículos 86, 152 y

²¹ De acuerdo con este último criterio, a la decisión de las Salas de Revisión de inaplicar una norma mediante excepción de inconstitucionalidad no se le podría dar efectos *inter pares*, a menos que fueran ratificadas por la Sala Plena.

189.11 de la Constitución, y que esta misma decisión debía ser observada en los casos futuros en los que se presentara este mismo problema, siempre y cuando tales casos fueran semejantes a los anteriormente fallados. Esta semejanza, como ya se tuvo oportunidad de mencionar, tendría lugar cuando se presentaran de manera concurrente una serie de similitudes entre el caso nuevo que se tendría que fallar y el que ya había sido resuelto.

En la medida en que el caso concreto estudiado por la Corte cumplía –a su juicio– con los criterios que permitían que la inaplicación de una norma se extendiera a casos futuros, la Corte decidió “*Otorgar efectos inter pares a la decisión de inaplicar el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, para que en aquellos casos que sean semejantes todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido*” (Corte Constitucional, Auto 071 de 2001, punto resolutivo cuarto. *Cursivas en el texto original*).

2.4.2. Fallos de tutela con efectos *inter comunis*

2.4.2.1. *Generalidades*

En situaciones especiales, los efectos de las sentencias que la Corte Constitucional ha dictado con ocasión de la revisión de acciones de tutela, abarcan a personas que no han sido parte en el proceso pero que se encuentran en una situación fáctica análoga a la de quienes sí ejercieron este mecanismo de protección. Estos (los tutelantes) y aquellos (los no tutelantes) comparten algunas características que han sido tenidas en cuenta por la Corte a la hora de agruparlas en la categoría

de *comunidad* o *grupo*, y que justifican –a juicio de la Corte– que se les dé un igual tratamiento en cuanto a la protección ordenada en la sentencia.²² Esta clase de sentencias son las que han recibido el nombre de fallos con efectos *inter comunis*.

Para efectos de la definición que se ha propuesto, se entenderá por *grupo* o *comunidad* a una pluralidad de personas vinculadas entre sí por compartir algunas características relevantes frente a un proceso de tutela. Las características que la Corte ha tenido en cuenta para afirmar que existe un *grupo* que debe recibir igual tratamiento –independientemente de si han ejercido o no la acción de tutela– son las siguientes: (i) personas en una misma situación de hecho; (ii) a las cuales se les haya vulnerado un mismo derecho; (iii) en condiciones similares –en cuanto al alcance del derecho–; (iv) como consecuencia de un mismo hecho generador; (v) ocasionado por un mismo sujeto –el demandado–; (vi) respecto del cual se formulen las mismas pretensiones.²³

²² De acuerdo con la Corte, cuando esta “*haya conferido efectos inter comunis a una de sus sentencias de tutela, se aplicará a todos los miembros de la comunidad o grupo respectivo la protección y el procedimiento establecidos en dicha sentencia, aún a quienes hayan acudido separadamente a la acción de tutela para la protección de los mismos derechos*” (cursivas añadidas). Cfr.: Corte Constitucional, sentencia T-203 de 2002, acápite IV “*Decisión*”.

²³ De acuerdo con la sentencia T-203 de 2002, estas seis condiciones fueron las tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para declarar efectos *inter comunis* en la sentencia SU-1023 de 2001. Cfr.: Corte Constitucional, sentencia T-203 de 2002, f. j. 4.3.1. Posteriormente, estas mismas características sirvieron para que la Corte identificara la existencia de un grupo al cual extenderle los efectos de la sentencia SU-636 de 2003, f. j. 3.10, en la que también se declararon efectos *inter comunis*.

2.4.2.2. *Casos con efectos que se extienden a grupos de personas*

En algunos casos en los que la Corte ha decidido que los efectos de su decisión deben extenderse a sujetos que no hacen parte del proceso, ha otorgado al fallo de tutela (de manera explícita) efectos (que denomina) *inter comunis*. Por otro lado, se han presentado distintos casos donde, a pesar de que la decisión que es adoptada por el tribunal también se extiende a sujetos que no hicieron parte del proceso pero que conforman con los tutelantes un grupo, la Corte no ha explicitado que los efectos de la decisión que adopta son *inter comunis*. En estos casos, la única diferencia apreciable es simplemente formal: en unos se dispone expresamente los efectos que tendrá el fallo, y en los otros no. Valga ilustrar este último punto con dos ejemplos.²⁴

El primer ejemplo que se va a mencionar es el de la sentencia SU-519 de 1997. En esta ocasión la Corte revisó una acción de tutela interpuesta por una mujer que se desempeñaba como operadora telefónica, en contra de la empresa para la cual trabajaba, manifestando que esta última desconocía sus derechos a la igualdad y al trabajo, por cuanto el salario que le reconocían era inferior al que recibían otras personas que realizaban sus mismas labores, “en las mismas condiciones y en las mismas circunstancias” (Corte Constitucional, sentencia SU-519 de 1997, sección I “*Información preliminar*”). Solici-

²⁴ Además de los dos casos que se van a reseñar brevemente, otra de las pocas decisiones en las que se extendieron los efectos de los fallos a personas que no ejercieron acción de tutela, pero que se encontraban en situaciones similares, es la sentencia T-500 de 2002 (afiliación como beneficiarios de Ecopetrol a los cónyuges de las trabajadoras, incluidos quienes no hubieran ejercido la acción de tutela).

taba que, por lo tanto, el juez de tutela ordenara la nivelación salarial. Luego de analizar el caso concreto, la Corte encontró que, en efecto, la empresa demandada desconocía los derechos invocados a algunas operadoras telefónicas, entre ellas la accionante y, por lo tanto, concedió la tutela, ordenando a la demandada lo siguiente:

Nivelar los salarios de las operadoras [de categoría] 3.2 a su servicio, incluida la accionante, y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo cancelarle las diferencias de sueldo que se le impusieron durante el tiempo en que la discriminación tuvo lugar, aunque ya se hubiere retirado de la compañía. (Corte Constitucional, sentencia SU-519 de 1997, sección I “*Información preliminar*”).²⁵

En este caso, las personas a las que se les extendió los efectos del fallo y la accionante compartían las mismas características que serían tenidas en cuenta en casos posteriores para declarar los efectos *inter comunis* de una decisión. En

²⁵ Es interesante destacar que en esta sentencia tres magistrados dejaron constancia de su desacuerdo con la orden proferida por la Corte, ya que —de acuerdo con estos magistrados— esta decisión era una extralimitación de la Corte en el ejercicio de las funciones. Al respecto, indicaron: “Consideramos muy preocupante que el fallo del cual nos apartamos en su parte resolutive, no solamente se limitó a conceder la tutela impetrada por la actora, sino que con ocasión de la misma se ordenó nivelar los salarios de ésta, y además la de todas las operadoras 3.2 al servicio de la accionada, que no aparecen como demandantes, con claro desconocimiento del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, ‘*Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto*’”. Cfr.: Corte Constitucional, sentencia SU-519 de 1997, salvamento suscrito por los magistrados Arango Mejía, Herrera Vergara y Naranjo Mesa, f. j. 1.

efecto, eran mujeres que se desempeñaban en un mismo cargo, a quienes se les vulneraba el derecho a la igualdad ya que a pesar de tener el derecho a recibir el mismo salario que quienes trabajaban en las mismas condiciones, eran objeto de una diferenciación injustificada en el pago del salario imputable a la empresa para la cual laboraban, y respecto de la cual solicitaban una nivelación salarial.

El segundo ejemplo es el de la sentencia SU-484 de 2008, por medio de la cual la Corte estudió distintas acciones de tutela interpuestas por trabajadores y pensionados del Hospital Materno Infantil y del Hospital San Juan de Dios (ambas instituciones conformaban la Fundación San Juan de Dios) en contra de distintas entidades públicas del orden nacional y departamental, afirmando que estas habían desconocido sus derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, como consecuencia del retraso en el pago de los salarios, prestaciones laborales y pensiones (según fuera el caso) que les eran debidos. En esta ocasión, la Corte accedió a algunas pretensiones de los accionantes, decidiendo que la sentencia debe “arropa[r] a todos los ex empleados y ex trabajadores” de la Fundación, esto es, tanto “a aquellos que interpusieron [...] acción de tutela como a aquellos que no lo hicieron”, (Corte Constitucional, sentencia SU-484 de 2008, f. j. 5.15) y dictó complejas órdenes con el fin de que las pretensiones a las que la Corte accedió fueran cumplidas a favor de este grupo.²⁶

²⁶ Esta es una decisión altamente controvertida, ya que si bien (nominalmente) accedió a algunas de las pretensiones de los tutelantes, también adoptó decisiones desfavorables no solo para los que habían interpuesto la acción de tutela, sino

Al igual que el caso anterior, en este se presentan los elementos que la Corte ha tenido en cuenta a la hora de dictar fallos con efectos *inter comunis*. Es así como esta sentencia abarca al grupo de los ex trabajadores y ex pensionados de la Fundación San Juan de Dios, a quienes se les había violado sus derechos al trabajo, la seguridad social y el mínimo vital, ya que a pesar de que tenían una relación laboral con la Fundación sus salarios, prestaciones sociales y pensiones (según el caso) no se les habían cancelado por parte de distintas entidades públicas nacionales o departamentales, ni por la sociedad encargada de la liquidación de la Fundación, por lo que pretendían su pago por medio de acción de tutela.

2.4.2.3. Casos con efectos *inter comunis* (explícitamente declarados)

Hasta la fecha, la Corte Constitucional ha fijado un efecto *inter comunis* a seis de sus decisiones (cinco sentencias y un auto). En dos oportunidades, la Corte ha ordenado la aplicación de este tipo de efectos para proteger el derecho al mínimo vital de personas de la tercera edad; en otras dos ocasiones ha sido para amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas cabezas de familia; en otra lo hizo para adoptar medidas afirmativas a favor de personas con discapacidad; y en las restantes lo hizo como medida provisional para garantizar el derecho a la reparación integral

también para los que se encontraban en una situación similar. Al respecto, *cf.*: Comisión Colombiana de Juristas, 2008.

a las víctimas del desplazamiento forzado. A continuación, se reseñan brevemente cada uno de estos casos.

La primera ocasión en la que la Corte estableció efectos *inter comunis* para su decisión fue en la sentencia SU-1023 de 2001. En este caso, frente al prolongado incumplimiento en los pagos de las mesadas pensionales por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM), la Corte protegió el derecho al mínimo vital no solo de los pensionados de la CIFM que habían ejercido la acción de tutela, sino respecto de todos aquellos que se encontraban en la misma situación que estos. Esta decisión –argumentó la Corte– se justificaba, entre otras,²⁷ ya que si no se protegía el mínimo vital de los pensionados no tutelantes, se estaría generando un desequilibrio injustificado frente a los pensionados que sí ejercieron la acción, teniendo en cuenta que la CIFM se encontraba en liquidación obligatoria y no contaba con los recursos suficientes para cumplir con sus obligaciones pensionales, por lo que la orden de pagar las mesadas de un grupo de personas hubiera tenido como consecuencia que se disminuyeran los activos disponibles para pagar al grupo de los pensionados en general.²⁸

²⁷ De acuerdo con la sentencia T-203 de 2002, f. j. 4.2, la modulación de los efectos de la sentencia SU-1023 de 2001 se justificó por las siguientes cuatro razones: (i) para evitar que la protección de uno o algunos miembros del grupo afectara los derechos de los otros; (ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de los miembros de una comunidad; (iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe dentro de cada proceso; y (iv) para garantizar el derecho de acceso a la justicia, como parte del derecho a una tutela judicial efectiva.

²⁸ La Corte tuvo en cuenta que mediante el pago de mesadas ordenadas por jueces que habían concedido acciones de tutela se habían beneficiado a un

La segunda ocasión en la que la Corte concedió efectos *inter comunis* a su decisión presenta situaciones de hecho análogas a los de la SU-1023 de 2001. Se trata de la sentencia SU-636 de 2003, en donde se estudiaron acciones de tutela interpuestas contra una empresa en liquidación obligatoria (Industrial Hullera s.a.) que desde 1998 había dejado de pagar las mesadas pensionales y los aportes a seguridad social a sus jubilados, quienes solicitaban que se protegieran sus derechos al mínimo vital y a la salud. En esta oportunidad la Corte consideró que, en la medida en que “todos los pensionados se enc[o]ntra[ba]n bajo condiciones objetivas similares”, se justificaba que la tutela fuera concedida “a favor de todos los pensionados de Industrial Hullera s.a. en Liquidación Obligatoria”,²⁹ y no solo respecto de los pensionados que habían solicitado el amparo de sus derechos mediante acción de tutela.

Dos casos más recientes en los que la Corte aplicó los efectos *inter comunis* a su decisión se dieron de manera consecutiva y con hechos casi iguales. En las sentencias SU-388 y SU-389, ambas de 2005, la Corte estudió, respectivamente, los casos de algunas madres y de algunos padres cabezas de

porcentaje inferior al 20% de la población pensional, a favor de quienes se había ordenado el pago de todas las mesadas que les adeudaban. De acuerdo con la Corte, la suma correspondiente a estas pensiones (las ordenadas por medio de tutela) hubiera servido para pagar *tres mesadas a todos* los pensionados. *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001, f. j. 10.

²⁹ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-636 de 2003, f. j. 3.10. Como fundamento de la competencia de la Corte para establecer efectos *inter comunis* a sus decisiones, cita *in extenso* las consideraciones de la sentencia T-203 de 2002, cuyos apartes más relevantes ya han sido reseñados más arriba.

familia a quienes la empresa Telecom terminó su contrato de trabajo en aplicación de un decreto reglamentario que limitaba de manera inconstitucional una protección que les había sido reconocida.³⁰ Luego de estudiar el caso, la Corte concluyó que se cumplían los requisitos que la jurisprudencia había tenido en cuenta en ocasiones anteriores (específicamente, en la sentencia SU-1023 de 2001) para extender los efectos del fallo de tutela a personas que no hicieran parte del proceso. Sin embargo, en los casos que se comenta, se introdujo una particularidad respecto de los anteriores: en las sentencias SU-388 y SU-389 se extendieron los efectos de los fallos a quienes, sin haber sido parte del proceso de tutela, se encontraban en condiciones similares a quienes sí fueron parte, *siempre y cuando* hubieran presentado acción de tutela que no hubiere sido seleccionada por la Corte Constitucional para ser revisada y que hubieren sido resueltas desfavorablemente.³¹

³⁰ Se trata del decreto 190 de 2003, que limitó hasta el 31 de enero de 2004 el plan de protección que amparaba a las madres y a los padres cabeza de familia (conocido como “*retén social*”), creado mediante la ley 790 de 2002, en cuyo artículo 12 garantizaba una estabilidad laboral a quienes cumplieran con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la ley.

³¹ En la sentencia SU-388, f. j. 8.2, la Corte explicó que este criterio de limitación del grupo se explicaba porque “algunas madres cabeza de familia pudieron considerar que la indemnización satisfacía sus expectativas y por lo mismo decidieron no hacer reclamo judicial alguno; y si ello fue así ningún sentido tendría obligarlas a retornar a la entidad cuando no lo solicitaron con antelación”. En el mismo sentido, pero respecto de los padres de familia, se pronunció la Corte en la sentencia SU-389 de 2005, acápite IV “*Alcances de este fallo*”.

Luego, en diciembre de 2008, la Corte Constitucional emitió la sentencia T-1258 de 2008. Mediante esta decisión ordenó que el tratamiento especial que había sido solicitado por quien interpuso la acción de tutela fuera concedido a todas las personas que se encontraran en la misma situación que él (es decir, personas discapacitadas por enanismo).

Algunos de los casos más recientes en los que la Corte le ha dado efectos *inter comunis* a fallos de tutela han sido *autos*, es decir, providencias judiciales que deciden cuestiones previas, incidentales o secundarias a la providencia definitiva (sentencia). Para ilustrar este punto se mencionarán dos ejemplos, los cuales comparten dos características relevantes (y tienen una motivación casi idéntica): por un lado, ambos se relacionan con el cumplimiento de un estado de cosas inconstitucional previamente declarado por la Corte Constitucional; y, por otro lado, se trata de situaciones que involucran a varias personas, quienes han tenido un tratamiento desigual por parte de las autoridades públicas. Ambos autos fueron dictados con el propósito de ordenar medidas provisionales que tendrían que aplicarse hasta tanto la Corte Constitucional no adoptara una decisión definitiva respecto de cada caso.

El 244 de 2009 es uno de tales autos, proferido en el marco de la revisión de cuatro acciones de tutela que denunciaban una serie de situaciones que afectaban la elección de notarios en propiedad a través del sistema de concurso, lo cual presuntamente afectaba su derecho a la igualdad. La Corte constató la existencia de las alegadas situaciones, y por considerar “necesario unificar las discrepancias jurídicas

surgidas de las diferentes interpretaciones adoptadas por distintos operadores jurídicos” involucrados en el proceso de elección y nombramiento de notarios, ordenó suspender *todos* los procesos de elección y nombramiento de cargos de notarios (no solo aquellos en los que estaban involucrados los accionantes).³² La urgencia de que esta orden fuera puesta en conocimiento y acatada por las autoridades competentes fue invocada como fundamento para que la decisión se adoptara mediante auto, de acuerdo con lo previsto por el artículo 7 del decreto 2591 de 1991.³³

El otro auto en el que se dictó una orden con efectos *inter comunis* fue emitido el 30 de junio de 2010. Se trata del auto 207 de 2010, dictado con motivo de la revisión de veintisiete acciones de tutela, todas ellas interpuestas por víctimas de desplazamiento forzado en contra de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social. Los tutelantes reclamaban la protección de sus derechos a la reparación integral y a la indemnización justa e inmediata de los daños sufridos como consecuencia del

³² Vale recordar que en el año 1998 la Corte Constitucional ordenó que se realizara la elección de notarios en propiedad mediante concurso, a más tardar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la sentencia SU-250 de 1998. Como se verá más abajo, mediante esta sentencia la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional como consecuencia de la omisión reiterada e inexcusable de las autoridades competentes de nombrar notarios en propiedad mediante el sistema de concurso de méritos público y abierto.

³³ El artículo 7 del decreto 2591 de 1991 prevé la posibilidad de que el juez de tutela, cuando lo considere “necesario y urgente para proteger el derecho” fundamental cuya protección se pide mediante acción de tutela, pueda suspender de manera provisional la aplicación del acto concreto que se identifique como causante de su amenaza o vulneración.

desplazamiento. La Corte argumentó que la protección de los tutelantes en los derechos invocados podría terminar afectando el derecho a la igualdad respecto de otras víctimas del desplazamiento que no habían acudido a la acción de tutela, por lo que se hacía necesario adoptar una decisión que los abarcara a todos por igual.³⁴ En consecuencia, ordenó que se suspendieran *todas* las órdenes de pago relativas a indemnización de perjuicios ocasionados a las víctimas de desplazamiento forzado emitidas como consecuencia de la presentación de una acción de tutela, hasta tanto la Corte no adoptara una decisión de fondo en la que diera una nueva orden sobre el particular.

Los dos últimos ejemplos ilustran una alternativa por la que la Corte puede optar en aquellos casos en los que la afectación del derecho a la igualdad (entre los que interpusieron la acción de tutela y los que no lo hicieron pero se encuentran en una situación similar a la de quienes sí lo hicieron) sea de tales características que demande una atención urgente. En tales eventos, no será necesario esperar hasta la decisión que resuelva el fondo del asunto, sino que el apremio de la situación podrá ser atendida a través de medidas provisionales adoptadas mediante auto.

³⁴ Tal como se mencionará más abajo, la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional debido a las fallas en la política de prevención y atención del desplazamiento forzado (sentencia T-025 de 2004), y en uno de los autos de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas para superarlo (auto 008 de 2009) puso de presente la necesidad de reformular la política pública de reparación a las víctimas del desplazamiento forzado.

2.4.3. Fallos de tutela que ordenan la adopción de políticas públicas

2.4.3.1. Generalidades

Bajo esta denominación el presente trabajo agrupa aquellas sentencias que han ordenado la adopción de programas, planes o políticas que están llamados a beneficiar a un número plural de personas diferentes del o de los accionantes. Esta clase de fallos ha tenido lugar con ocasión de procesos en los cuales se pone de presente la deficiencia o la inexistencia de políticas públicas para proteger determinados derechos fundamentales, lo cual da lugar a la vulneración de derechos del o de los tutelantes en el caso concreto. En este tipo de fallos, a partir del análisis de acciones de tutela específicas, la Corte ahonda en el contexto general en el que se inscribe el caso estudiado para ubicarlo en una situación de hecho mucho más amplia, que devela la violación de los derechos fundamentales de varias personas, y que no se reduce a quienes ejercieron la tutela.

Los fallos a los que se viene haciendo referencia presentan –por lo menos– cuatro características en común: en primer lugar, se trata de fallos en los que se ordena adoptar, diseñar y ejecutar una política pública, programa o plan de acción; en segundo lugar, las órdenes que se emiten se dirigen a autoridades privadas o públicas (y en este último caso, de los órdenes tanto nacional como territorial) que, por la órbita de sus competencias, son los facultados para asumir el cumplimiento de esta tarea; en tercer lugar, en estos fallos el juez otorga un plazo a la autoridad a la que le corresponda

acatar lo ordenado, dentro del cual debe llevar a cabo la tarea que se le ha encomendado; y en cuarto lugar, la Corte establece cuál es la finalidad que debe satisfacer la política, plan o programa que se ordena diseñar, sin señalar específicamente los medios que se deban seguir para alcanzarla, ya que esa es una elección que se suele dejar a las autoridades encargadas de cumplir la orden.

Esta última característica demuestra que, en la mayoría de los casos a los que se viene haciendo referencia, la Corte, cuando ha advertido que una política pública es deficiente o que no existe, ha realizado un control *débil* sobre las mismas, en el sentido de que ha sido deferente con las autoridades competentes, reenviando el asunto para que sean ellas las que desarrollen tales políticas o programas, en lugar de realizar un control *fuerte* que desarrolle directamente, en sede judicial, aquella política deficiente o inexistente.³⁵ Si bien lo que se ha dicho es cierto para la mayoría de los casos, debe advertirse que, en otros, estas dos formas de control se han combinado en un solo fallo, en los cuales además de que se le confía a las autoridades destinatarias de la orden el desarrollo de una determinada política, también se han establecido mandatos

³⁵ Las nociones de “*control débil*” y “*control fuerte*” son utilizadas en el mismo sentido de Mark Tushnet, quien caracteriza como una forma del primero aquel control en el que se le exige a las autoridades gubernamentales desarrollar planes que celebren algunas promesas de eliminar las violaciones constitucionales en un razonablemente corto, aunque inespecífico, periodo de tiempo. Esta forma se opone al *control fuerte*, que se da cuando los jueces exponen en detalle lo que los funcionarios del Gobierno tienen que ver al identificar algunos objetivos, y que en algunos casos vienen acompañados de plazos perentorios para el cumplimiento de tales objetivos, los cuales se evalúan a través de informes periódicos enviados a las cortes por las autoridades gubernamentales. *Cfr.*: Tushnet, 2008, 248 y 249.

específicos que deben ser cumplidos, bajo criterios estrictos, por tales autoridades. Un ejemplo de este último tipo de casos es el de la sentencia T-760 de 2008, sobre el derecho a la salud, que será estudiada con detenimiento en el capítulo siguiente.

2.4.3.2. *Casos en los que se ha ordenado la adopción de políticas públicas*

Hasta ahora, la Corte se ha pronunciado por medio de este tipo de fallos para, de un lado, hacer exigible la obligación de desarrollo progresivo de las facetas positivas de algunos derechos fundamentales³⁶ y, de otro lado, para corregir la protección deficiente que ha constatado respecto de otros derechos. A continuación, se reseñarán brevemente algunos fallos que permiten ilustrar tanto uno como otro caso.

Por un lado, un ejemplo de aquellos fallos en los que se ha ordenado la adopción de políticas, programas o planes con el fin de proteger el desarrollo progresivo de las facetas positivas de un derecho fundamental, lo ofrece la sentencia T-595 de 2002. En esta, la Corte revisó una acción de tutela interpuesta por una persona discapacitada, quien consideraba que la sociedad Transmilenio S.A. le había desconocido sus derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad, ya que esta empresa no había adecuado las rutas alimentadoras

³⁶ Es importante hacer notar que la Corte ha entendido que la obligación de desarrollo progresivo se predica, más que de los derechos sociales, económicos y culturales (como tradicionalmente se ha entendido), de la *faceta positiva o prestacional* que está presente en todos los derechos fundamentales, bien sea en los denominados derechos civiles y políticos, o en los ya mencionados derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, *cf.*: Corte Constitucional, sentencias T-595 de 2002, f. j. 5.1 y T-760 de 2008, f. j. 3.3.5.

del servicio de transporte que ella presta de tal forma que fueran accesibles para las personas con discapacidad en silla de ruedas.

La Corte constató que, en efecto, existía una vulneración del derecho a la locomoción del accionante en los términos por él alegados en la acción de tutela, y reconoció que en el caso que revisaba la protección de su derecho implicaba “necesariamente” el desarrollo de una obligación de tipo progresivo, en la medida en que requería el diseño de una política pública mediante la cual se adoptaran medidas concretas para proteger la libertad de locomoción, se destinaran recursos materiales y humanos y se apropiara capital para financiar la implementación de tales medidas.³⁷

Una vez afirmado esto, la Corte reconoció que el carácter progresivo de la prestación solicitada imponía un límite a la protección judicial que se le podía otorgar al actor, ya que la plena realización del derecho a la locomoción solo podría ser plenamente garantizada después de que pasara el tiempo necesario para la realización del programa. No obstante, la Corte igualmente indicó que reconocer que una determinada prestación tenía un carácter progresivo o programático, no era igual a sostener que no era judicialmente exigible. Por el contrario, estableció la siguiente subregla para definir el alcance del control judicial frente a la obligación de progresividad: “Cuando una persona reclama la protección de un derecho fundamental cuya dimensión positiva y prestacional ha sido precisada por el propio constituyente y desarrollada

³⁷ Cfr.: Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002, f. j. 4.2.

por el legislador puede exigir, por lo menos, que cuente con un plan idóneo y que éste sea oportunamente ejecutado” (Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002, f. j. 6). De esta manera, reconoció que si bien no se podía obligar a la sociedad demandada a que de manera inmediata garantizara plenamente el goce de la libertad de locomoción, *por lo menos* se le podía solicitar que cumpliera con algunos estándares, que podrían ser evaluados por la Corte, la cual podría verificar.³⁸

- La *existencia* de una política pública, ya que si no se cuenta con un plan que conduzca de manera gradual, pero seria y sostenidamente, a garantizar y proteger la dimensión positiva del derecho fundamental en cuestión, este sería vulnerado.
- El *procedimiento de elaboración* de la política, el cual debe promover la participación activa de la población que podrá verse afectada por la política que se desarrolle. El cumplimiento de esta obligación podrá hacerse exigible cuando haya un mandato (constitucional o legal) que así lo ordene.
- El *contenido* de la política pública, que debe asegurar que esta esté ciertamente encaminada a garantizar el goce efectivo del derecho que se pretende desarrollar. La Corte deberá verificar, entonces, que la política adoptada no sea “evidentemente inane”.

³⁸ El *test* de control planteado en aquella oportunidad por la Corte es similar al que acá se expone. *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002, ff. jj. 5.5.1, 5.5.2 y 5.5.3.

- Por último, podrá controlar la *puesta en marcha* de la política, por cuanto el Estado no satisface su obligación de proteger los derechos cuando formula una política pública por medio de documentos normativos, sino cuando estos se traducen en acciones concretas.

En el caso estudiado, la Corte verificó que Transmilenio no cumplía con ninguno de estos requisitos de cara a la protección de la locomoción de los discapacitados en silla de ruedas. Por lo tanto, le ordenó que en un término máximo de dos años, diseñara un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al servicio prestado por Transmilenio en el sistema de buses alimentadores sin imponer cargas excesivas a las personas discapacitadas, y que una vez realizado iniciara inmediatamente el proceso de ejecución, de acuerdo con el cronograma incluido en el plan diseñado.³⁹

Por otro lado, un ejemplo de un fallo en donde se ordena adoptar una política pública para corregir la protección deficiente de un derecho, lo ofrece la sentencia T-1101 de 2001, que

³⁹ Otros fallos en los que se ha ordenado la adopción de políticas públicas para garantizar el desarrollo progresivo de algunos derechos son, entre otros, los siguientes: sentencia T-1030 de 2006, en la que se ordenó a la Secretaría de Educación Departamental de Sucre que en un término de seis (6) meses, diseñe y desarrolle en coordinación con el Ministerio de Educación Nacional una política pública y el respectivo programa para ampliar progresivamente la cobertura de la educación preescolar en los niveles jardín y prejardín, a los niños de 3 y 4 años de edad residentes en su jurisdicción (punto resolutivo tercero); y T-739 de 2007, en la que se exhortó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) para que en la medida de sus facultades administrativas y presupuestales, estudiara la posibilidad de modificar el reglamento interno del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón, de forma tal que se aumentara la calidad de los elementos mínimos de dotación que eran suministrados a los internos.

revisó una acción de tutela en la que la accionante afirmaba que se le había desconocido su derecho al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, por cuanto había sido despedida de la empresa para la cual laboraba como trabajadora en misión cuando informó sobre su estado de embarazo. Dejando de lado los hechos concretos que el caso planteaba,⁴⁰ para efectos de este trabajo es importante destacar que la Corte advierte que existe una debilidad en los controles que deben ejercer las autoridades del trabajo sobre las empresas de servicios temporales, lo que ha facilitado la desprotección de los trabajadores temporales en general, y no solo de la trabajadora accionante en particular. Específicamente, esta debilidad se manifiesta en situaciones como el desconocimiento de la limitación temporal que la ley establece para la duración de los contratos de los trabajadores temporales, que se facilitaba por la inexistencia de controles previos o limitaciones a prácticas que permitían que no se olvidara este límite; la ausencia de mecanismos orientados a impedir que las empresas de servicios temporales y sus usuarias utilizaran de mala fe este tipo de contratos; y las dificultades que en la práctica debían afrontar las autoridades del trabajo para llevar a cabo el control de las empresas de servicios temporales y para proteger los derechos de los trabajadores vinculados a ellas.⁴¹

Para remediar el inquietante panorama en el que se encontraban los empleados de las empresas de servicios temporales,

⁴⁰ Valga la pena comentar, por lo menos en nota al pie, que la Corte concede la acción de tutela a la accionante, ya que encuentra que la razón del despido no había sido otra distinta de su estado de gravidez, con lo cual se le discriminaba y se le desconocía su derecho a la protección laboral reforzada.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-1101 de 2001, f. j. 6.3.

descrito en términos generales por la sentencia, la Corte decidió ordenar al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de la Protección Social) que:

En un plazo no superior a seis meses diseñe, adopte y ejecute, dentro de su órbita de competencia y de conformidad con las directivas políticas que éstas consideren conducentes, un programa que garantice efectivamente los derechos de los trabajadores temporales y establezca los correctivos necesarios que eviten que las empresas de servicios temporales y sus usuarias incurran en graves irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrecen este tipo de contratos. (Corte Constitucional, sentencia T-1101 de 2001, f. j. 6.3)

Además de este, se hará una mención rápida a otros dos casos en los que se ha ordenado la creación de políticas públicas para remediar la protección deficiente de un derecho fundamental. De un lado, en la sentencia T-1160A de 2001, la Corte ordenó la adopción de una política pública para remediar la deficiente protección de un derecho, y le ordenó al Instituto de Seguros Sociales diseñar, adoptar y poner “en marcha, según un cronograma de ejecución predefinido, dentro de su órbita de competencia y de conformidad con las directivas políticas que considere conducentes, un programa que garantice que la información sobre aportes a la seguridad social sea completa, actualizada, veraz y circule oportuna y efectivamente entre sus dependencias” (punto resolutivo cuarto).

De otro lado, en la reciente sentencia T-045 de 2009, le ordenó al Ministerio de la Protección Social que en el término máximo de seis meses “diseñe e implemente los protocolos, programas y políticas necesarias de atención en salud que respondan a las necesidades particulares de las víctimas del conflicto armado, sus familias y comunidades, especialmente en lo referido a la recuperación de los impactos psicosociales, producidos por su exposición a eventos traumáticos desencadenados por la violencia sociopolítica en el país”, señalando los elementos mínimos indispensables que deberían ser incluidos en tales protocolos. Es importante destacar que esta orden modulada fue sugerida a la Corte por quienes actuaron en este caso como tutelantes, pues en la tutela que dio lugar a esta decisión se solicitó expresamente al juez que ordenara al Ministerio de la Protección Social que definiera un plan para atender a las víctimas del conflicto armado y a sus familiares (que incluyera, entre otros, una entidad prestadora de salud específica y un equipo interdisciplinario).

2.4.4. Fallos en los que se declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional

2.4.4.1. Generalidades

De todos los tipos de modulación de los efectos de los fallos de tutela, sin duda alguna el estado de cosas inconstitucional es el que ha recibido mayor atención por parte de la doctrina, incluso de la extranjera, la cual lo ha considerado como un ejemplo atractivo y notable de judicialización de los derechos

sociales.⁴² Ha sido, también, el que ha tenido impactos más profundos en la vida política nacional, debido a su fuerte intervención en el control de políticas públicas y, por lo mismo, blanco frecuente de un amplio número de reacciones y críticas.

La Corte ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional cuando, con ocasión de la revisión de un caso individual, ha encontrado que existe una situación de violación sistemática de los derechos fundamentales de un amplio número de personas, generalmente no atribuible a una sola entidad estatal, sino que involucra la responsabilidad de diversas entidades y agencias del Estado. En otras palabras, los dos elementos comunes a los casos en los que se ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional son, por un lado, la pluralidad de sujetos afectados en sus derechos fundamentales y, por el otro, la presencia de una falencia estructural, que involucra a distintas autoridades.⁴³

La doctrina del estado de cosas inconstitucional fue una innovación judicial pensada para enfrentar casos en los cuales la Corte se encontraba en presencia de violaciones de derechos fundamentales que afectaban a un número plural de personas. Hasta antes de la creación de esta figura, la Corte había abordado el conocimiento de casos con estas características

⁴² En este sentido, por ejemplo, Magdalena Sepúlveda ha destacado el estado de cosas inconstitucional como una de las tres prácticas interpretativas (*interpretative practices*) a través de las cuales la Corte Constitucional colombiana ha dado aplicación inmediata a los derechos económicos, sociales y culturales. *Cfr.*: Sepúlveda, 2008, 148.

⁴³ En este sentido, *cfr.*: Corte Constitucional, sentencias T-153 de 1998, f. j. 53, y T-025 de 2004, f. j. 7.

a través de dos instituciones procesales, las cuales presentaban algunas limitaciones: en algunas ocasiones hizo uso de los llamados “fallos de reiteración”, por medio de los cuales aplicaba a un caso la regla establecida en uno precedente, en el que ya había estudiado el problema jurídico que se planteaba. En otras, ordenó la *acumulación de procesos*, la cual le permitió (y permite) abordar en una misma sentencia varias acciones de tutela que presentan supuestos fácticos similares. Sin embargo, como ya se indicó, estas dos instituciones presentaron algunas limitaciones, que las hicieron ver como insuficientes para asegurar el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, ya que, por un lado, solo servían para dictar órdenes remediales y solventar situaciones coyunturales, mas no para controlar deficiencias estructurales, y de otro lado, eran mecanismos que solo permitían estudiar los hechos particulares expuestos por quienes fueron partes de los procesos de tutela, y no justificaban por sí mismos una ampliación de los efectos del fallo a personas que no hubieran ejercido este mecanismo.⁴⁴

Para fundamentar su facultad de dictar este tipo de fallos, la Corte ha formulado tres argumentos distintos que pretenden respaldar su actuación. En primer lugar, la Corte ha entendido que, en cumplimiento del mandato de colaboración armónica entre los poderes públicos (artículo 113 de la Constitución), tiene la facultad de “notificar” a las autoridades competentes la existencia de un estado de cosas violatorio de la Constitución Política, para que estas

⁴⁴ Cfr.: Vargas Hernández, 2003, 225; Tole, 2006, 302.

adopten los correctivos necesarios con miras a ponerle fin y superar esta situación.⁴⁵ En segundo lugar, ha indicado que la declaración de un estado de cosas pretende propender por una racional utilización de la acción de tutela, con el fin de evitar múltiples pronunciamientos sobre un mismo asunto (congestionando la administración de justicia) y así evitar que se produzcan fallos contradictorios (que socaven su credibilidad).⁴⁶ Y, en tercer lugar, este tipo de fallos se justifica ya que con ellos se protege a minorías olvidadas, respecto de las cuales “el juez constitucional está llamado a asumir la vocería”, ya que aquellos grupos “difícilmente tienen acceso a los organismos políticos” (Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998, f. j. 51).

El propósito que debe guiar la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional es el de conjurar la situación que le dio origen, esto es, aquel estado de cosas contrario a la Constitución que afecta a un número plural de personas y que no le es imputable a una sola entidad estatal. Dicho en otros términos, esta figura “tiene sentido en la medida en que sirva para promover las condiciones que lo hagan innecesario” (Rodríguez Garavito, 2010, 439).

Los fallos en los que se ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional, si bien son muy variados

⁴⁵ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencias SU-559 de 1997, f. j. 31.1, T-068 de 1998, f. j. 10 y T-025 de 2004, f. j. 6.3.2. En las dos primeras, afirmó que “[d]el mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política”.

⁴⁶ En similar sentido, *cfr.*: Corte Constitucional, sentencias SU-559 de 1997, f. j. 31.2, y T-068 de 1998, f. j. 10.

(en cuanto a los hechos que los motivaron y al alcance de las decisiones), presentan algunas características en común. En estos, además de declarar la violación de los derechos planteados por los casos sometidos a su conocimiento, la Corte ha impartido órdenes generales a las autoridades públicas con el fin de superar la situación inconstitucional; ha fijado u ordenado a las autoridades concernidas fijar un cronograma para el cumplimiento de las órdenes impartidas; y ha dispuesto de actuaciones de seguimiento, con el objetivo de asegurar la efectividad de sus fallos. Estas tres características son comunes también a los denominados *mandamientos judiciales estructurales* (*structural injunctions*) propios del derecho norteamericano, que han sido utilizados por los jueces para alterar algunas condiciones sociales con miras a implementar mandatos constitucionales, valiéndose para tal fin de una forma de control más o menos detallada, dictando prescripciones que desplazan áreas significativas del margen de discreción con el que inicialmente cuentan las autoridades demandadas.⁴⁷

De acuerdo con Gerardo Pisarello, tanto los *mandamientos judiciales estructurales* norteamericanos como el estado de cosas inconstitucional colombiano son ejemplos de (lo que él denomina) *sentencias de reforma estructural*, en las que —a su juicio— la urgencia y gravedad de las situaciones, que por medio de estas formas de control son resueltas por los

⁴⁷ En Estados Unidos, los *structural injunctions* han sido utilizados para reformar las instituciones penitenciarias, la administración de los hospitales psiquiátricos, reformar la composición racial de las escuelas y establecer políticas públicas de vivienda. Al respecto, *cfr.*: Easton, 1990, 1983 a 2002.

jueces, justifica la existencia de un diálogo entre los tribunales (que dictan la sentencia), los responsables públicos y privados competentes (encargados de cumplir la sentencia) y las personas afectadas (beneficiarias de las órdenes emitidas), y también esto explica su prolongación (a través de mecanismos de supervisión) incluso hasta el momento de la ejecución de las sentencias. (Pisarello, 2007, 100)

2.4.4.2. Fallos en los que se ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional

La primera vez que se utilizó este tipo de fallo fue en 1997, en la sentencia SU-559. A partir de esta fecha, la Corte Constitucional ha dictado varios pronunciamientos en donde ha declarado la existencia de un estado de cosas violatorio de la Constitución, siendo el último de ellos de enero de 2004 sobre personas que por razón del conflicto armado interno se encuentran en situaciones de desplazamiento forzado (ver cuadro 1, al final de este acápite).

Entre las causas que la Corte ha tenido en cuenta para declararlo, pueden contarse las siguientes: (i) la utilización de prácticas inconstitucionales en los procedimientos de entidades estatales;⁴⁸ (ii) el incumplimiento por parte de autoridades territoriales de obligaciones laborales previamente asumidas, como consecuencia de la falta de previsión de recursos,⁴⁹ o, simplemente, de la crítica situación financiera de tales

⁴⁸ Cfr.: Corte Constitucional, sentencia T-068 de 1998, donde se censuró la utilización de la tutela como requisito para que se prestara atención a las solicitudes pensionales.

⁴⁹ Cfr.: Corte Constitucional, sentencias T-289 de 1998 y T-525 de 1999.

autoridades;⁵⁰ (iii) la deficiente e insuficiente protección de los derechos fundamentales de grupos de poblaciones vulnerables;⁵¹ (iv) el incumplimiento de claros mandatos constitucionales y legales⁵² y (v) la inequitativa distribución de recursos de la nación hacia las entidades territoriales.⁵³

Cuadro 1. Fallos por medio de los cuales se ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional⁵⁴

Sentencia	Hechos y fundamentos
SU-559 de 1997	Declaración del estado de cosas inconstitucional por la omisión de los municipios de María La Baja y Zambrano (Bolívar) en su deber de afiliar a algunos docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, aun cuando a la mayoría se les descontaba parte del salario como aporte al pago de sus prestaciones. De acuerdo con la Corte, la desigual distribución del subsidio educativo nacional entre los departamentos facilitó que se generara esta situación.

Continúa

⁵⁰ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-090 de 2000.

⁵¹ Específicamente, de los reclusos (sentencias T-153, T-606 y T-607, todas de 1998), de los defensores de derechos humanos (sentencia T-590 de 1998) y de las personas en situación de desplazamiento (sentencia T-025 de 2004).

⁵² Por la no convocatoria a concurso de notarios. *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998.

⁵³ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-559 de 1997.

⁵⁴ Los casos que se incluyen en este cuadro son identificados a partir de un criterio (digamos) formal, en la medida en que se trata de fallos en los cuales la Corte, bien sea en la parte motiva o resolutive, ha considerado estar en presencia de un estado de cosas inconstitucional.

Sentencia	Hechos y fundamentos
T-068 de 1998	Declaración del estado de cosas inconstitucional por la sistemática falta de respuesta de derechos de petición, por parte de la Caja Nacional de Previsión (CNP), por medio de los cuales se solicitaba la reliquidación, reconocimiento y pago de pensiones de jubilación. La Corte consideró que, en la práctica, la CNP había hecho de la acción de tutela un requisito para resolver peticiones dentro del término legal.
T-153 de 1998	Declaración del estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión (a saber: deficiencia en los servicios públicos, violencia, corrupción, extorsión al interior de las cárceles, carencia de oportunidades para la resocialización) en distintas cárceles colombianas. La Corte indicó que a pesar de que este problema se presentaba desde hacía décadas en el sistema carcelario colombiano, las autoridades no habían reaccionado de manera diligente y efectiva para remediar esta situación.
SU-250 de 1998	Declaración de estado de cosas inconstitucional por la no convocatoria a un concurso para nombrar en propiedad a los notarios, a pesar de la existencia de claros mandatos constitucionales y legales que obligaban a ello.*

Continúa

* Posteriormente, en la sentencia T-1695 de 2000 se reconoció la continuación del estado de cosas inconstitucional, ya que si bien se trató de subsanar la falta de convocatoria a concurso para la carrera notarial, persistía la vulneración de distintos mandatos constitucionales, por cuanto el concurso convocado no era general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como lo había exigido la sentencia SU-250 de 1998.

Sentencia	Hechos y fundamentos
T-289 de 1998	Declaración de estado de cosas inconstitucional por la falta de pago del salario y las prestaciones de algunos docentes por parte del municipio de Ciénaga (Magdalena). Esta situación se generó por la falta de previsión presupuestal de los recursos necesarios para cancelar los rubros mencionados a los docentes.
T-590 de 1998	Declaración de estado de cosas inconstitucional por la grave situación en la que se encuentran los defensores de derechos humanos en el país. Para hacer frente a este estado de cosas, la Corte hizo un llamado a las autoridades nacionales para que efectivamente cumplieran con el deber de protección del cual eran titulares los defensores de derechos humanos.
T-606 y T-607 de 1998	Declaración de estado de cosas inconstitucional por la deficiente prestación de los servicios de salud a las personas reclusas en establecimientos carcelarios. Frente a este aspecto, la Corte resaltó que se observaba una clara “indolencia de los órganos competentes”, reflejado en la inexistencia de un sistema de seguridad social que cubriera adecuadamente la totalidad de los riesgos que afectan a los reclusos.
T-525 de 1999	Declaración de estado de cosas inconstitucional por la omisión en el pago de las mesadas pensionales a cargo del departamento de Bolívar. La razón principal de este estado de cosas era la falta de apropiación oportuna, por parte del departamento, de las sumas destinadas al pago de sus obligaciones laborales frente a sus empleados.

Continúa

Sentencia	Hechos y fundamentos
SU-090 de 2000	Declaración de estado de cosas inconstitucional por la omisión en el pago de las mesadas pensionales y de los aportes a la seguridad social por parte del departamento del Chocó. Esto llevó a que se multiplicara el número de acciones de tutela interpuestas por los hechos mencionados, la mayoría de las cuales no eran cumplidas. Esta situación se generó por la difícil situación financiera del departamento, el cual no contaba con los fondos suficientes para efectuar los pagos correspondientes.
T-025 de 2004	Declaración de estado de cosas inconstitucional frente a la grave situación de la población desplazada. De acuerdo con la Corte, a pesar de la situación de sistemática violación de los derechos de esta población, la política pública diseñada para hacerle frente era insuficiente e ineficaz.

2.5. Conclusiones

En este capítulo se propuso un acercamiento a la práctica jurisprudencial que se ha identificado en este trabajo como una de las manifestaciones del protagonismo judicial en Colombia: la modulación de los efectos de los fallos de tutela. El acercamiento propuesto pretendió explicar esta práctica en tanto creación jurisprudencial. En este sentido, a partir del análisis de sentencias en donde la Corte ha dictado esa clase de fallos, se intentó articular una serie de nociones básicas sobre la modulación de fallos de tutela. El primer paso para esto consistió en la formulación de una definición que caracterizara la práctica que se estaba estudiando. La definición que se

adoptó denotaba por fallos modulados de tutela aquellos dictados por la Corte Constitucional en los que los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente *inter partes*, y cuya adopción se justifica —según la Corte— para proteger los derechos de quienes no acudieron a la acción de tutela.

Como segundo paso, se indagó por las razones aducidas por la Corte para pronunciarse de esta manera, teniendo en cuenta que no existe habilitación positiva que la faculte a ello. En este punto, se puso de presente que la Corte ha afirmado que son dos las razones que le otorgan competencia para modular los efectos de sus fallos, a saber: de un lado, el mandato constitucional que le encarga (de manera exclusiva) la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y de otro lado, la finalidad de la acción de tutela, la cual siempre debe perseguir la protección de los derechos fundamentales.

Por último, como tercer paso, luego de advertir que los fallos de tutela con efectos modulados eran diversos entre sí (en cuanto a sus alcances y características), se propuso una clasificación que permitiera agruparlos de acuerdo a unas semejanzas, y que a la vez facilitara su presentación. Se identificaron, para tal efecto, cuatro clases de decisiones, a saber: los fallos con efectos *inter pares*, los fallos con efectos *inter comunis*, los fallos que ordenaban adoptar políticas públicas, y, por último, los fallos que declaraban la existencia de estados de cosas contrarios a la Constitución. Respecto de cada uno de ellos se propuso una definición, se señalaron cuáles eran sus supuestos de aplicación y algunos elementos característicos, y se intentó ilustrar estas nociones a la luz de ejemplos tomados de la jurisprudencia existente en la materia.

Capítulo 3. Dos ejemplos de control de políticas públicas por medio de fallos modulados de tutela

3.1. Introducción

El capítulo anterior tuvo como propósito hacer un acercamiento a la práctica de modulación de fallos de tutela elaborada por la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia. Este estudio giró alrededor de tres aspectos específicos, respecto de los cuales se pretendió hacer un acercamiento analítico. En primer lugar, se intentó formular una definición aproximada de lo que se han denominado *fallos modulados de tutela*, con el propósito de delimitar las sentencias que son el objeto de estudio de este trabajo. En segundo lugar, partiendo de la base de que no existe una norma que expresamente habilite a la Corte para emitir fallos de tutela modulados, se quiso identificar los argumentos que ella ha utilizado como fundamento de su competencia para dictar esta clase de fallos. Y por último, luego de advertir que son distintas las clases de fallos modulados que ha emitido la Corte, se propuso una clasificación de los fallos de tutela modulados, que permitiera agruparlos de acuerdo con algunas características relevantes que estos tenían en común, para facilitar su presentación y examen.

Hasta ahora este trabajo ha pretendido abordar y describir, por igual, todos los tipos de fallos modulados que se han emitido a lo largo de los casi veinte años de actividad de la Corte Constitucional. No obstante, este capítulo girará en torno a un grupo más reducido de fallos modulados de tutela, a saber, aquellos a través de los cuales la Corte Constitucional ha realizado un control de constitucionalidad sobre algunas políticas públicas que afectan derechos fundamentales de distintos sectores de la población. En otras palabras, los tipos de fallos modulados de tutela que serán estudiados con un poco más de detalles son (de acuerdo con la clasificación sugerida en el capítulo anterior) aquellos por medio de los cuales se declara un estado de cosas inconstitucional, y aquellos en los que, sin declarar un estado de cosas inconstitucional, se ha ordenado la corrección de una determinada política pública.

La demarcación que se realiza se explica, fundamentalmente, por cuanto ella permite concentrar la atención alrededor de algunos aspectos del control de constitucionalidad que se ponen de relieve en aquellos fallos en los cuales se controlan políticas públicas. En especial, son dos las características destacadas de los fallos modulados de tutela que revisan políticas públicas. La primera tiene que ver con el impacto presupuestal que tienen algunos de los fallos modulados de tutela en los que se han controlado políticas públicas. La segunda se relaciona con la supervisión del cumplimiento de las órdenes judiciales que inciden en políticas, ya que en la medida en que algunas de las órdenes emitidas por los jueces son complejas (en tanto involucran a varias autoridades estatales) y de ejecución diferida, surge la dificultad de que los

jueces estén atentos a su observancia, dado que (en principio) la competencia de los jueces se extingue al momento de emitir la sentencia. De manera adicional a estas dos características de los fallos de tutela en los que se controlan políticas públicas, otra razón por la cual es interesante ocuparse de su estudio tiene que ver con que estas decisiones son las que mayor impacto político y social han tenido en la vida nacional, y las que a su vez han recibido más críticas por parte de determinados sectores que juzgan este tipo de decisiones como inconvenientes e inadecuadas.

Con el propósito de ilustrar cómo la teoría de la modulación de los fallos de tutela ha sido puesta en marcha en casos prácticos, en este capítulo se reseñarán y comentarán dos decisiones en las cuales se han controlado políticas públicas. Se trata de dos decisiones en las cuales la Corte consideró que el diseño e implementación de dos políticas estatales no se ajustaban a los parámetros constitucionales, por lo que ordenó su modificación a través de órdenes complejas que han generado un impacto importante sobre el presupuesto nacional. En tanto que las dos decisiones mencionadas se han ocupado de controlar la política pública de prevención y atención de las personas en situación de desplazamiento, por un lado, y la de prestación del servicio de salud, por el otro, han provocado también distintas reacciones en la vida política nacional.

Para hacer una presentación de los casos mencionados, se destacarán los siguientes aspectos. A manera de introducción a cada uno de los casos, se hará una reseña breve de los antecedentes que dieron lugar a la decisión de la Corte Cons-

titucional. Luego se hará referencia a algunas de las órdenes adoptadas en cada caso y, finalmente, se analizarán cuáles han sido los mecanismos que han servido como herramientas a la Corte para hacerle seguimiento al cumplimiento de las órdenes por ella emitidas.

3.2. El control de constitucionalidad de la política pública de prevención del desplazamiento forzado y atención a las personas víctimas de este fenómeno: sentencia T-025 de 2004

3.2.1. Antecedentes y contexto general

El desplazamiento forzado que afecta a un amplio número de personas que habitan en el territorio colombiano es una de las crisis humanitarias más graves a nivel mundial. De acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, hoy en día Colombia cuenta con más de tres millones de personas desplazadas que habitan al interior de su territorio, lo que ubica al país a la cabeza del *ranking* de países con más desplazados dentro de sus fronteras (seguido por Irak, con 2,6 millones, y el Congo, con 2,06 millones).¹

La gravedad de esta situación en nuestro país, lejos de ser una novedad, se ha manifestado desde varios años atrás.

¹ Vale la pena precisar que en este *ranking* se incluyen tan solo los países con más desplazados dentro de sus fronteras. Esto quiere decir que no se tienen en cuenta las personas que han tenido que salir de manera forzada de un país para *refugiarse* en otro. Si se sumaran el número de personas que han tenido que desplazarse internamente y el número de personas refugiadas, habría que incluir a la cabeza del *ranking* a Sudán, el cual trasladaría a Colombia al segundo lugar. *Cfr.*: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2009.

Sin embargo, la notoriedad de esta situación no condujo a que fuera asumida por los órganos estatales como un asunto primordial de la agenda política, y la respuesta estatal que generó fue, además de tardía, deficiente en distintos aspectos puesto que en la práctica no logró dar una solución adecuada a esta problemática.² Por el contrario, el fenómeno aumentó en cuanto a sus proporciones y en cuanto a los efectos padecidos por la población que se encontraba en situación de desplazamiento, ya que ellos se recrudecieron.

Frente a la situación de desprotección en la que se encontraban los desplazados, varios de ellos empezaron a acudir a los jueces de la República, solicitándoles mediante acciones de tutela que les ampararan distintos derechos constitucionales que les eran violados. Algunos de estos casos fueron objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional, la cual amparó reiteradamente los derechos de esta población

² En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional detectó doce falencias de la política pública de atención a la población desplazada, que impedían que obtuviera resultados satisfactorios: (i) insuficiencia en la apropiación de recursos para la implementación de las políticas elaboradas; (ii) escasa cobertura de los programas de atención elaborados; (iii) falta de coordinación en la elaboración e implementación de las políticas, así como la dispersión de funciones y responsabilidades; (iv) ausencia de participación de la población desplazada en el diseño e implementación de la respuesta institucional; (v) excesivo énfasis en la elaboración de respuestas de corto plazo y de carácter temporal en la atención que se presta a la población desplazada; (vi) falta de preparación de los funcionarios llamados a atender a esta población; (vii) ausencia de plantación de las políticas y de los proyectos y programas; (viii) inexistencia de mecanismos efectivos de seguimiento a la gestión; (ix) bajo nivel de compromiso de la sociedad civil no desplazada; (x) falta de flexibilidad de la respuesta institucional; (xi) bajo nivel de compromiso de las entidades territoriales; y (xii) ausencia de políticas favorables a los grupos desplazados de mayor vulnerabilidad (niños, mujeres, indígenas, entre otros). *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, anexo III, apartado VII-1.

y, en consecuencia, ordenó a distintas entidades estatales que protegieran en los casos concretos los derechos que se les había desconocido a los tutelantes. Sin embargo, estas órdenes puntuales no contribuyeron a que las entidades demandadas adoptaran los correctivos necesarios para remediar la situación de la población desplazada, ya que estas continuaron reincidiendo en las causas que habían dado lugar a la vulneración de los derechos de los desplazados.

Con el paso del tiempo, el número de acciones de tutela por medio de las cuales se solicitaba la protección de los derechos de la población desplazada fue aumentando de manera significativa. Frente a esta situación (ausencia de respuesta estatal adecuada y aumento en el número de acciones de tutela interpuestas), la Corte Constitucional optó por intervenir de manera más decidida a como lo había venido haciendo hasta entonces. Fue así como, en 2004, dictó la sentencia T-025 de ese mismo año, la cual ha sido considerada por algunos como “la sentencia más importante y ambiciosa de su historia” (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009). En esta, la Corte Constitucional acumuló un amplio número de acciones de tutela (1150 en total), la mayoría de las cuales se referían a problemas comunes de la atención estatal al desplazamiento forzado. Al hacer esto, la Corte pretendió abordar, a partir de un número de casos concretos, problemas recurrentes y estructurales, que no solo afectaban a quienes habían acudido a la tutela como mecanismo para hacer valer sus derechos, sino a todos aquellos que se encontraban en la misma situación de desprotección y vulnerabilidad extrema.

3.2.2. *Contenido de la sentencia*

Al valorar la situación en la que se encontraba la población afectada por el desplazamiento forzado, la Corte concluyó que existía una violación “grave, masiva y sistemática” de los derechos fundamentales de este grupo poblacional. De acuerdo con la valoración efectuada por la Corte, la realidad de las personas afectadas por el desplazamiento forzado no era atribuible a una única causa o a una única entidad estatal, sino que había sido generada por la conjugación de distintos factores, los cuales eran de una entidad tal que –para la Corte– justificaban que fuera declarado formalmente un estado de cosas inconstitucional.³

Específicamente, fueron cinco los factores tenidos en cuenta por la Corte Constitucional para declarar el estado de cosas inconstitucional, a saber:

- La gravedad de la vulneración de los derechos de las personas en situación de desplazamiento.
- El elevado número de acciones de tutela ejercidas por personas en situación de desplazamiento, las cuales pretendían por medio de ella acceder a beneficios estatales o conseguir el incremento de los mismos. Igualmente, la Corte tuvo en cuenta que distintas autoridades estatales habían incorporado la acción de tutela a los procedimien-

³ En una oportunidad anterior (sentencia T-215 de 2002) la Corte Constitucional ya había señalado que la situación de la población en estado de desplazamiento constituía un estado de cosas inconstitucional. Sin embargo, en esa oportunidad no lo declaró formalmente, sino que tan solo lo mencionó dentro de las consideraciones del fallo.

tos administrativos de atención a la población desplazada, haciendo de ella un prerrequisito para el reconocimiento de estos últimos.

- La existencia de “problemas de coordinación, la insuficiente apropiación de recursos, los obstáculos administrativos, los trámites y procedimientos innecesarios, el diseño deficiente de algunos de los instrumentos de la política, así como la omisión prolongada de las autoridades para adoptar los correctivos considerados como necesarios” (Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, f. j. 7).⁴
- El amplio número de entidades estatales a las cuales se les puede imputar la vulneración de los derechos de la población desplazada.
- La existencia de problemas estructurales de la política pública de atención a los desplazados, entre los cuales la Corte resalta los dos siguientes: la deficiente capacidad institucional y la insuficiente apropiación de recursos.

Cada uno de los factores enunciados antes, individualmente considerados, habían dado lugar a que en ocasiones anteriores la Corte Constitucional declarara que respecto de alguna situación en concreto existía un estado de cosas inconstitucional, y dictara órdenes encaminadas a remediar la situación.

⁴ A lo largo de este apartado, las citas de esta sentencia se harán dentro del texto, encerradas entre paréntesis.

3.2.3. Órdenes emitidas por la Corte

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional dictó dos clases de órdenes. Un primer grupo de órdenes se relacionaron directamente con los casos concretos estudiados por la Corte, y tuvieron como fin adoptar las medidas necesarias para que los derechos fundamentales vulnerados a quienes había interpuesto acción de tutela fueran efectivamente protegidos.

Un segundo grupo de órdenes se dirigió a corregir las falencias de la política pública de atención a la población desplazada que habían dado lugar al estado de cosas inconstitucional, con el fin de incidir tanto en su diseño como en su posterior implementación. Todas estas órdenes fijaron metas que algunas autoridades estatales debían desarrollar en el marco de sus competencias, dentro de un periodo de tiempo determinado, con la participación (en lo posible) de las organizaciones de población desplazada. A manera de ejemplo, se citan dos de las órdenes emitidas (ambas con implicaciones en el presupuesto nacional).

En primer lugar, una de las órdenes de la sentencia T-025 de 2004 se dirigió a precisar una serie de medidas con el fin de corregir la deficiente apropiación presupuestal destinada a la política pública de atención y prevención del desplazamiento. Con este propósito, le ordenó al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia⁵ realizar una serie de acciones con el fin de, entre otros,

⁵ Órgano encargado de formular la política y garantizar la asignación presupuestal de los programas que adelantan las entidades responsables del funcio-

estimar el esfuerzo presupuestal necesario para cumplir con la política pública de atención a la población desplazada; fijar el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que le corresponde a la nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; indicar el mecanismo de financiación de tales recursos; elaborar un plan de contingencia pensado para el evento en el que los recursos que deben correr con cargo a las entidades territoriales y a la cooperación internacional no sean entregados en el monto y el momento estimados, para que sean compensados con otros mecanismos de financiación (punto resolutivo 2, literal b).

En segundo lugar, la Corte le ordenó a distintas autoridades estatales encargadas de atender a la población desplazada que emprendieran “todos los esfuerzos necesarios” para asegurar que la meta presupuestal que ellas mismas establezcan sea efectivamente alcanzada. Sin embargo, previendo la eventualidad de que esta orden no pudiera ser alcanzada, la Corte autorizó a las autoridades concernidas para que redefinieran las prioridades de la política pública y para que, en consecuencia, diseñaran las modificaciones necesarias para dicha política (punto resolutivo 2, literal c).

Como puede advertirse, las dos órdenes brevemente reseñadas (al igual que otras impartidas en la sentencia T-025 de 2004) impusieron al Estado una carga prestacional con notables impactos presupuestales. De acuerdo con la información otorgada por el Gobierno nacional, a partir del año

namiento del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia.

2004 se han destinado alrededor de seis billones de pesos para atender las órdenes impartidas por la Corte, lo cual ha supuesto un aumento significativo respecto del monto de los recursos que para la misma finalidad habían sido destinados antes de ser proferida la sentencia, de lo cual se desprende que la sentencia T-025 de 2004 ha tenido efectos evidentes y profundos respecto de las finanzas públicas.⁶

3.2.4. Seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas

Varias de las órdenes destinadas a corregir las falencias de la política pública de atención a la población desplazada suponen un proceso de cumplimiento escalonado, el cual tan solo se puede lograr con el paso de un periodo razonable que le dé a las autoridades concernidas el tiempo necesario para realizar las distintas acciones que supone una orden determinada. Si bien en principio esto plantea una dificultad para los órganos judiciales, en la medida en que generalmente su competencia se restringe a dictar un pronunciamiento que pone fin a un litigio concreto (y se extingue cuando esto sucede), lo cierto es que la Corte Constitucional ha hecho uso de algunos mecanismos que le permiten supervisar el cumplimiento de

⁶ La variación del monto de los recursos destinados para atender y prevenir el desplazamiento forzado que se generó con ocasión de la sentencia T-025 de 2004, puede advertirse claramente al comparar la cantidad de dinero destinada para este propósito en los periodos anteriores a la sentencia y posteriores a la misma. Así, mientras que entre 1999 y 2002 los recursos destinados ascendieron a un total de \$498.885 millones, para el periodo 2003-2006 aumentaron a un total de \$2 billones, y para el comprendido entre 2007 y 2010 se estima que el monto destinado girará alrededor de los \$4,6 billones. Al respecto, *cf.*: Corte Constitucional, auto 008 de 2009, f. j. 35.

las órdenes emitidas en la sentencia T-025 de 2004. Al hacer esto, ha seguido el ejemplo de algunos jueces domésticos de otros países (como Estados Unidos, India y Canadá, entre otros),⁷ los cuales se han involucrado en la supervisión del cumplimiento de sus sentencias, en casos en los cuales el proceso de ejecución de las mismas es gradual e implica el transcurso del tiempo.

El fundamento legal que la Corte ha invocado para justificar su competencia para supervisar el cumplimiento de las decisiones por ella emitidas, es el artículo 27 del decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la acción de tutela), de acuerdo con el cual “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, la finalidad de realizarle un seguimiento a su sentencia es la de suscitar que el avance en el cumplimiento de lo ordenado se haga a un “ritmo acelerado y sostenido” (Corte Constitucional, auto 008 de 2009, f. j. 9). Con este propósito, en el marco del proceso que dio lugar a la sentencia T-025 de 2004, ha empleado tres mecanismos concretos de supervisión del cumplimiento de las decisiones adoptadas que le

⁷ En el caso de Estados Unidos, la supervisión ha sido empleada por la Corte Suprema para los casos de segregación racial de las escuelas y de condiciones de detención en los establecimientos de reclusión, mientras que en el caso de India esto se ha dado frente al trabajo infantil y a las condiciones de reclusión. Por su parte, la Corte Suprema de Canadá ha retenido la competencia para supervisar el cumplimiento de algunos fallos, como por ejemplo, la construcción de escuelas para las minorías lingüísticas. Al respecto, *cfr.*: Roach, 2008, 51 y 54.

han permitido realizar una medición constante del progreso, estancamiento o retroceso en el cumplimiento de tales decisiones. Se trata de la remisión periódica de informes, los –así llamados– autos de seguimiento, y las audiencias públicas a funcionarios estatales, todas las cuales serán explicadas brevemente a continuación.

3.2.4.1. *Remisión periódica de informes*

Como una forma de mantenerse al tanto del estado de cumplimiento de las órdenes impartidas, la Corte ha solicitado a las autoridades públicas obligadas por la sentencia T-025 de 2004 que le envíen informes en los cuales den cuenta de las acciones realizadas con miras al cumplimiento de lo ordenado. La Corte Constitucional ha señalado que el fundamento que la habilita para solicitar informes a las autoridades obligadas por una sentencia es el deber de colaboración armónica entre las ramas del poder público, reconocido en la Constitución Política (artículo 113).

3.2.4.2. *Autos de seguimiento*

Otra de las modalidades utilizadas por la Corte para supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en su sentencia, es la expedición de nuevos pronunciamientos judiciales, denominados autos de seguimiento. Por medio de estos la Corte realiza valoraciones en torno a la información que ella recaba acerca del cumplimiento de determinados aspectos, la cual consigue, entre otras, a través de los informes enviados, tanto por las autoridades obligadas como por terceros –generalmente organizaciones no gubernamentales y entidades académicas–,

como en las audiencias públicas que realiza. Hasta el momento, la Corte ha emitido alrededor de ochenta autos de seguimiento, los cuales se han dedicado, principalmente, a los siguientes tres aspectos: evaluar el avance en el cumplimiento de aquellas órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004 que están encaminadas a superar el estado de cosas inconstitucional; establecer indicadores de cumplimiento de esas mismas órdenes, con el fin de que fueran tenidas como criterios por las autoridades obligadas para cumplirlas; y precisar las obligaciones de las autoridades encargadas de atender a la población desplazada respecto de los grupos en especial situación de vulnerabilidad, entre ellos, los niños, las mujeres, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y las personas con discapacidades físicas o mentales. Haremos algunos comentarios breves respecto de los dos últimos aspectos.

La definición de los indicadores de cumplimiento de las órdenes proferidas por la Corte fue abordado con detalle en el auto 185 de 2004, en el que la Corte distinguió cuatro niveles de cumplimiento (incumplimiento, cumplimiento bajo, cumplimiento medio y cumplimiento alto), los cuales deberían servir para calificar el avance o retroceso de las autoridades estatales obligadas por los pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado. No obstante lo anterior, conviene anotar que estos criterios no fueron reutilizados por la Corte Constitucional en las siguientes decisiones relacionadas con la sentencia T-025 de 2004 y los demás pronunciamientos relacionados con él, aunque sí

fueron retomados por la Corte en el proceso de seguimiento que se dio a partir de la sentencia T-760 de 2008, a la que haremos referencia más adelante.⁸

Por su parte, el deber de incorporar un enfoque diferencial a la política de atención y prevención del desplazamiento y sus impactos ha dado lugar a sendos pronunciamientos de la Corte, en los cuales se ha analizado la situación general de grupos poblacionales a los que la jurisprudencia les ha reconocido una protección constitucional reforzada. A través de estos análisis la Corte ha concluido que todos estos grupos sufren afectaciones desproporcionadas a sus derechos, mayores que las que sufren el resto de la población desplazada. Estos dos elementos, la condición de sujetos de especial protección y las afectaciones desproporcionadas que sufren como consecuencia del desplazamiento, han sido considerados por la Corte como los presupuestos que la habilitan a ordenar una protección especial a su favor. Así, por ejemplo, en el auto 005 de 2009, referido a la situación de las comunidades afrodescendientes y sus miembros que han sido víctimas del desplazamiento, la Corte indicó que los presupuestos para adoptar esta clase de decisiones eran las dos siguientes: un “presupuesto jurídico”, que exige que el sujeto beneficiado sea (de aquellos considerados como) de especial protección constitucional, y un “presupuesto fáctico”, que atiende al

⁸ Así, por ejemplo, en el auto 342A de 2009, la Corte realizó la valoración del cumplimiento de una de las órdenes de la sentencia T-760 de 2008 (la vigésimo primera) y consideró que respecto de esta había un “incumplimiento parcial”. *Cfr.*: Corte Constitucional, auto 342^a de 2009, punto resolutivo 1°.

impacto desproporcionado que genera el desplazamiento forzado en dicho sujeto.⁹

3.2.4.3. Audiencias públicas

La tercera modalidad de supervisión del cumplimiento ha sido la realización de audiencias públicas, citadas por la Corte Constitucional para que los funcionarios que representan a las autoridades públicas obligadas por la sentencia le rindan cuentas a la Corte por la gestión que han adelantado para darle cumplimiento a lo ordenado. En estas audiencias (cuyo número a la fecha está alrededor de las quince), han tenido la oportunidad de comparecer, además de los funcionarios citados, distintos actores, que en su mayoría han sido organizaciones de derechos humanos y de desplazados, así como organizaciones internacionales y de cooperación internacional, a los cuales se les concede la oportunidad de intervenir para plantear sus opiniones respecto del estado de cumplimiento de lo ordenado por la sentencia, así como formular preguntas a los funcionarios públicos que son citados a comparecer.

Los tres mecanismos sintéticamente explicados han servido para que la Corte esté al tanto del diseño y de la implementación de las modificaciones introducidas a la política pública de atención a la población desplazada, y dé continuamente orientaciones respecto del sentido en el que se debe seguir avanzando en algunos aspectos. Estos mecanismos han sido una herramienta útil para que la Corte haya seguido de cerca lo ordenado por la sentencia en los seis años que se cumplen

⁹ Cfr.: Corte Constitucional, auto 005 de 2009, f. j. 9.

de la sentencia T-025 de 2004, que le han permitido detectar falencias y progresos y hacer un balance entre ambos aspectos.

La puesta en marcha de estos mecanismos de supervisión ha permitido que la Corte valore el estado de cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, el cual aún no arroja los resultados suficientes para declarar que la situación que motivó el estado de cosas inconstitucional ha sido superada. Recientemente, la Corte concluyó lo anterior en los siguientes términos: “Cinco años después de proferida la sentencia T-025 de 2004, la Corte concluye que se han presentado avances importantes hacia la superación del estado de cosas inconstitucional, pero que este aún no ha sido superado” (Corte Constitucional, auto 005 de 2009, f. j. 14).

3.3. El control de constitucionalidad de la política pública de atención en salud: la sentencia T-760 de 2008¹⁰

3.3.1. Antecedentes y contexto general

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional decidió acumular veintidós acciones de tutela por medio de las cuales se solicitaba la protección del derecho a la salud, interpuestas por personas a las que se les había desconocido

¹⁰ En esta parte del trabajo se toman distintos elementos de la ponencia titulada *Una respuesta práctica de la Corte Constitucional colombiana al control de la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales desde la sentencia T-760/08*, elaborada por el Grupo de investigación en derecho procesal de la Universidad del Rosario para participar en el X Concurso internacional para estudiantes de derecho nivel pregrado, junio de 2009 (sin publicar).

este derecho como consecuencia de una deficiente prestación del servicio de salud. En esta sentencia, la Corte no se limitó a resolver los problemas concretos que planteaban las acciones de tutela revisadas, sino que decidió ahondar en el contexto que las rodeaba, para ubicarlas en una situación de hecho mucho más amplia, que le permitiera abordar y corregir algunas de las causas que habían dado lugar a un amplio número de acciones de tutela presentadas por la violación del derecho a la salud.

Una de las razones que guiaron a la Corte a realizar un estudio detenido de la situación del servicio de salud fue la constatación del amplio número de tutelas que anualmente eran interpuestas por personas que denunciaban que la mala prestación del servicio de salud daba lugar a la vulneración de este derecho. De hecho, la Corte constató que la salud ha sido uno de los derechos más invocados mediante acción de tutela en los últimos años, y con el transcurso de estos su número ha venido aumentando, tanto en términos relativos como absolutos. Es así como, de acuerdo con un informe de la Defensoría del Pueblo (citado por la Corte), el número de tutelas en las que se solicitó el amparo de la salud pasó de ser del 24,7% del total de tutelas presentadas en 1999, a un 36,1% en 2005. En ese mismo periodo, el número de acciones interpuestas por este derecho se cuadruplicó, pasando de 21.301 tutelas en 1999, a 81.017 en 2005 (Defensoría del Pueblo, 2007, 29, tabla 4). Este aumento en el número de solicitudes de amparo del derecho a la salud fue un elemento determinante que condujo a la Corte a realizar un estudio que no se limitaba a los hechos específicos planteados por

los casos estudiados, por cuanto –a juicio de la Corte– esto ponía en evidencia que las órdenes concretas dictadas para resolver casos concretos eran insuficientes para efectos de remediar las deficiencias existentes en el sistema de atención en salud. Prueba incontrovertible de ello era que las tutelas presentadas por violación del derecho a la salud planteaban de manera reiterada hechos similares (f. j. 6).

3.3.2. Contenido de la sentencia

Al ahondar en los elementos de contexto (con el fin de evaluar cuáles eran las razones que habían generado el notable aumento en el número de acciones de tutela interpuestas), la Corte encontró que en Colombia existían, a la fecha de la sentencia, distintos “problemas generales, graves y recurrentes” en el sistema de protección del derecho a la salud.¹¹ Tales problemas habían dado lugar a un patrón generalizado de violaciones al derecho a la salud, el cual afectaba a un número plural de sujetos, que no se limitaba a aquellos que habían ejercido la tutela.¹²

Según el análisis realizado por la Corte Constitucional, los problemas existentes en el sistema de atención en salud se habían generado, principalmente, por dos causas: por un lado, el sistema de atención en salud adolecía, en algunos

¹¹ *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, f. j. 6. En adelante, las referencias a esta sentencia se pondrán entre paréntesis en el texto del escrito, indicando el fundamento jurídico que permita su ubicación.

¹² Vale la pena hacer notar que, no obstante que en este caso se cumplían los dos elementos que han dado lugar a la declaratoria de estado de cosas inconstitucional, la Corte no procedió a declararlo formalmente, sin justificar en la sentencia las razones que guiaron su decisión de no declararlo.

aspectos, de “fallas de regulación”, y por el otro, la causa que generaba una afectación del derecho a la salud era atribuible a “obstáculos que dificultaban la aplicación de la regulación existente” (f. j. 6).

De manera específica, la Corte identificó una serie de *fallas de regulación* del servicio de salud. En primer lugar, consideró que existía incertidumbre por parte de los usuarios con relación a los planes de servicios de salud, lo cual generaba dudas en relación con qué es lo que se encuentra incluido o excluido de los planes obligatorios de salud¹³ (POS). Asimismo, la Corte encontró que no se estaba dando cumplimiento al mandato de actualizar periódicamente los servicios que estos planes cubren. En segundo lugar, advirtió que la coexistencia de dos POS, el contributivo y el subsidiado (el primero con una cobertura mayor que el segundo), desconocía un mandato legal que ordenaba que los dos POS fueran unificados a más tardar en 2001, y que aún falta un programa que defina metas específicas para el acercamiento progresivo del contenido de los dos POS. En tercer lugar, para la Corte una de las fallas de regulación que generaban violaciones al derecho a la salud lo constituía la ausencia de un mecanismo que permita a las personas reclamar la prestación de los servicios de salud que, a pesar de estar cubiertos por el POS al que pertenecen, les es negada por parte de la entidad prestadora de salud (EPS) que deberían prestarla. Y, por último, la Cor-

¹³ De acuerdo con el artículo 156 de la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud es “un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales”.

te subrayó que el Gobierno nacional había incumplido un mandato legal (contenido en el inciso primero del artículo 162 de la ley 100¹⁴) de garantizar a favor de los habitantes del territorio nacional la cobertura universal de los POS.

Por otro lado, algunos de los aspectos que fueron identificados por la Corte como *obstáculos* para el disfrute del derecho a la salud tienen que ver, de un lado, con la existencia de distintas trabas en el sistema de recobros, y de otro lado con la dilación injustificada de la ejecución de las sentencias de tutela por medio de las cuales se ordena a las EPS garantizar un servicio de salud determinado.

3.3.3. Órdenes emitidas por la Corte

Respecto de cada uno de los problemas estructurales identificados en la sentencia (tanto los mencionados antes como todos los demás), la Corte emitió una serie de órdenes, con el propósito de solucionar las falencias de la regulación existente y remover los obstáculos detectados. Se trata de órdenes que, en términos generales, presentan las siguientes cuatro características en común: en primer lugar, en toda ellas se declara que el derecho a la salud ha sido violado por una falla de regulación o un obstáculo que dificulta la aplicación de la regulación existente; en segundo lugar, cada una de ellas deja en manos de las autoridades competentes (órganos Legislativo o Ejecutivo) la tarea de adoptar las medidas

¹⁴ Esta norma dispone que “[e]l sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001”.

necesarias para corregir las causas que han dado lugar a la violación del derecho mencionado, sin perjuicio de establecer algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta por tales autoridades; en tercer lugar, establecen un plazo dentro del cual deben cumplirse los mandatos formulados; y por último, diseña mecanismos con el fin de supervisar el cumplimiento las órdenes emitidas.

El mecanismo de supervisión que más utiliza la Corte es el deber de remitir informes, los cuales deben ser enviados a organismos de control (Defensoría del Pueblo y Procuraduría General de la Nación), a la misma Corte Constitucional y a otros organismos (como, por ejemplo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar).

Con el fin de explicar de manera más específica cómo se dio la intervención de la Corte Constitucional en el control de la política pública en salud, se expondrá brevemente dos de las órdenes dispuestas por la sentencia, las cuales son las de mayor complejidad e implican un gasto presupuestal comparativamente mayor. Se trata de la obligación impuesta al Estado de cumplir dos metas específicas que, a pesar de que fueron fijadas por la ley, al momento en el que se dictó la sentencia no habían sido atendidas: la obligación de avanzar progresivamente hacia la unificaciones de los POS contributivo y subsidiado, de un lado, y la de garantizar que todos los habitantes del territorio nacional gocen de un sistema de salud, de otro lado. Se trata de dos órdenes que, en últimas, imponen la obligación de garantizar una cobertura *igual* y *universal* para todos los habitantes del territorio colombiano.

Por un lado, con el objetivo de hacer cumplir la obligación legal del Estado de garantizar una cobertura igual para todas las personas (unificando los dos POS existentes), la Corte se ocupó de: (i) ordenar, de manera general, la elaboración de metas y de un cronograma de actividades, con el fin de avanzar hacia el objetivo de lograr una igual cobertura; (ii) fijar una serie de parámetros que debían ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el programa de unificación de los dos POS existentes; (iii) ordenar la inclusión de una serie de medidas que garantizaran la sostenibilidad financiera del sistema; (iv) establecer un objetivo específico que debe ser observado cuando se fijen las metas de unificación, relacionado con la necesidad de dar prioridad a la unificación de los servicios que se les brindan a los menores de edad; (v) disponer una medida supletiva, para el caso de que la orden anterior no fuera efectivamente verificada, y que consiste en una orden directa de unificar los POS para los niños, niñas y menores a partir de una fecha específica; (vi) establecer mecanismos de supervisión de las órdenes dictadas; y (vii) fijar un término dentro del cual se debían cumplir los mandatos impartidos (punto resolutivo 21° y 22°).

Por otro lado, la orden encaminada a garantizar la cobertura universal del servicio de salud fue mucho menos compleja que la anterior, y constó de dos elementos principales: un mandato general dirigido al Ministerio de la Protección Social, por el cual se le ordenaba que adoptara las “medidas necesarias” para asegurar la cobertura universal del sistema de seguridad social, y el otro, en el que se fijaba un límite temporal para su cumplimiento. Este límite no fue establecido directamente por la Corte Constitucional, sino que esta se

limitó a exigir el cumplimiento del plazo que el legislador había previamente fijado, dándole además un carácter flexible, en la medida en que dejó abierta la posibilidad de que el Gobierno fijara otro plazo, siempre y cuando justificara las razones de tal decisión (punto resolutivo 29º).

3.3.4. Seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas

La publicación de la sentencia T-760 de 2008 generó reacciones inmediatas por parte de las autoridades que debían cumplirla. Pocos días después de que fuera públicamente divulgada, el Ministro de la Protección Social, encargado de uno de los organismos a los que se dirigían las órdenes de la sentencia, afirmó públicamente que para cumplir con la sentencia de la Corte se necesitarían recursos de los que el Estado no dispone (calculados por el Ministro en aproximadamente seis billones de pesos), por lo que su ejecución podría verse afectada.¹⁵ A pesar de que estas declaraciones podrían haber sido utilizadas para presagiar un panorama incierto con relación al cumplimiento de la sentencia, el Gobierno nacional ha intentado despejarlas, afirmando públicamente su compromiso en observar el fallo.¹⁶

¹⁵ Cfr.: *El Espectador*, 2008. De acuerdo con el Ministro, este valor se explica por la necesidad de otorgar a 21.606.812 personas que tienen un POS subsidiado una mayor cobertura, y de afiliar a alrededor de cinco millones de personas que no cuentan con servicio de salud alguno.

¹⁶ Sin duda alguna, el escenario más importante en el que hizo esta declaración fue en el seno de las Naciones Unidas, frente a la cual, en el marco del examen periódico universal, el Gobierno nacional asumió voluntariamente el compromiso de acatar el fallo de la Corte Constitucional como un camino para avanzar en la protección del derecho a la salud.

Con todo, más allá de las declaraciones de los obligados por la decisión, conviene recordar que su cumplimiento no ha sido dejado a la entera voluntad del Gobierno, sino que la Corte ha utilizado mecanismos que le han permitido hacer un acompañamiento al proceso de cumplimiento de las distintas órdenes emitidas, retomando algunos de los que ya había empleado en el caso del estado de cosas inconstitucional declarado respecto de la política pública en desplazamiento, dichos mecanismos eran autos de seguimiento e informes periódicos. La necesidad de estos mecanismos de seguimiento se pone de manifiesto cuando se advierte que varias de las órdenes adoptadas por la sentencia T-760 de 2008 son de carácter complejo, en la medida en que implican un proceso gradual (que debe cumplirse en distintos pasos), que necesariamente se extiende mucho más allá del momento en el que se dicta la decisión.

A la fecha de realización del presente trabajo, la Corte Constitucional ha dictado veinticinco autos de seguimiento al cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T-760 de 2008. De manera generalizada, todos los autos de seguimiento han constatado que las tareas que fueron asignadas a los organismos estatales no han sido satisfactoriamente acatadas, y que en la mayoría de los casos ni siquiera se ha cumplido con la labor de diseñar un cronograma de actividades en el que se definan fechas y metas específicas para el cumplimiento de las órdenes dictadas (y el cual debería servir de base para que se pudiera realizar una supervisión efectiva de la observancia de lo ordenado). Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso de las obligaciones de unificar progresivamente los POS contri-

butivo y subsidiado, respecto de la cual la Corte no advirtió avances significativos que tendieran hacia su cumplimiento.¹⁷ Esto puede decirse también respecto de la población menor de edad, a la cual debía garantizársele de manera prioritaria el derecho a la salud en condiciones de igualdad. Respecto de esta, la Corte consideró en diciembre de 2009 que había sido parcialmente incumplida, ya que el Gobierno sí había ampliado el conjunto de servicios cubiertos por el POS subsidiado, pero lo había hecho tan solo a favor de los menores de doce años, excluyendo a los menores de edad que tenían más de doce años, los cuales también habían quedado cubiertos por la orden de la Corte.¹⁸

Algo similar puede decirse de la orden encaminada a garantizar la cobertura universal del sistema de salud, ya que la única actuación del Ministerio de la Protección Social con relación a este punto había sido la remisión a la Corte de un escrito que no contenía un plan y un cronograma detallado de actividades, a pesar de que esta orden debió ser cumplida “antes de enero de 2010”.¹⁹

¹⁷ *Cfr.*: Corte Constitucional, auto de seguimiento a la orden vigésima segunda de la sentencia T-760 de 2008 (en el que se le solicita al Ministerio de la Protección Social que envíe a la Corte un cronograma “preciso” para adelantar la unificación gradual y sostenible, el cual no estaba contenido en un escrito enviado a la Corte Constitucional en el que enumeró estrategias y trámites que se habían adelantando para lograr la unificación gradual de los POS).

¹⁸ *Cfr.*: Corte Constitucional, auto 342A de 2009, de seguimiento a la orden vigésima primera de la sentencia T-760 de 2008.

¹⁹ Fue por esto que la Corte le ordenó al Ministerio mencionado que “enumer[ara] y desarroll[ara] de manera detallada todas y cada una de las actividades que ha adelantado hasta la fecha, en procura de alcanzar la cobertura universal sostenible del Sistema de Seguridad Social en Salud”. *Cfr.*: Corte

Ahora bien, aunque los mecanismos de supervisión a los que acude la Corte en este caso ya habían sido utilizados previamente en otras decisiones (específicamente, en la sentencia T-025 de 2004), hay aspectos novedosos que conviene destacar. Por ejemplo, resulta destacable por su singularidad que la Corte permitió una participación mayor de la sociedad civil en el acompañamiento al cumplimiento de la decisión. En el caso concreto de la T-760, permitió que una organización de la sociedad civil (compuestas por gremios y universidades) y otra que representa a las empresas en medicina integral se constituyeran en partes dentro del seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en esa sentencia,²⁰ reconociéndoles la capacidad para presentar sus opiniones respecto de la T-760, y permitiéndoles acceder a los documentos relevantes enviados a la CCC que puedan servir para ello. Posteriormente, también invitó para que participaran activamente en el proceso a distintas organizaciones, entre ellas a una central sindical (la Central Unitaria de Trabajadores, CUT),²¹ a organizaciones que defienden los derechos de las poblaciones indígenas (Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC) y de las comunidades afrodescendientes (Proceso de Comunidades

Constitucional, auto de seguimiento a la orden vigésima novena de la sentencia T-760 de 2008, f. j. 4 (ii).

²⁰ Así lo dispuso la CCC mediante auto del 8 de diciembre de 2008, proferido por la Sala Segunda de Revisión, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹ *Cfr.*: Corte Constitucional, auto 094 del 21 de mayo de 2010, de seguimiento a la T-760 de 2008.

Negras, PCN)²² Igualmente, se convocó al Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud para invitarlo a hacer parte del grupo de seguimiento a la T-760 de 2008. Según la Corte, invitar a estas organizaciones y a otras al proceso de seguimiento tenía como objetivo “democratizar y pluralizar su cumplimiento y para que complementen y perfeccionen su inspección y examen” (Corte Constitucional, auto 094 del 21 de mayo de 2010, de seguimiento a la T-760 de 2008). Esta característica novedosa en los procesos de seguimiento es positiva, en la medida en que permite desconcentrar las reformas estructurales de una política pública (la de salud), la cual podría quedar limitada a una lógica cerrada en la que las autoridades estatales presentarían un informe y los jueces (la CCC) lo responderían.

3.4. Conclusiones

Los dos ejemplos anteriores muestran los alcances más notables que la Corte Constitucional le ha dado a la modulación de los efectos de los fallos de tutela, al utilizarlos para controlar dos de las políticas públicas más importantes en materia de derechos fundamentales: la política pública implementada frente a la grave crisis humanitaria del desplazamiento generado por el conflicto armado interno, y la política pública de protección de la salud de toda la población colombiana.

²² *Cfr.*: Corte Constitucional, auto S-34 del 3 de diciembre de 2009, Complementación de los Grupos de Seguimiento.

Si bien los dos casos descritos antes se ocuparon de evaluar dos políticas públicas de temas muy diferentes, pueden advertirse algunas similitudes en cuanto a la forma como la Corte realizó su intervención en ambos casos, a partir de las cuales se puede delinear ciertas características del control que mediante fallos modulados de tutela realiza este tribunal sobre las políticas públicas que tratan temas relacionados con derechos constitucionales. En primer lugar, el estudio de las políticas públicas se inicia a partir de un análisis de contexto de ciertas situaciones concretas (planteadas por acciones de tutela), en el cual se ahonda para establecer cuáles son las causas que han generado una vulneración masiva de los derechos de las personas afectadas por esa política. En segundo lugar, una vez se realiza el análisis de contexto que permite observar que existen fallas estructurales de la política estudiada, la Corte opta por dictar órdenes concretas y específicas mediante las cuales pretende que las autoridades estatales responsables de la política pública evaluada adopten las medidas que sean necesarias para que se corrijan las fallas estructurales detectadas. Estas órdenes, por lo general, consisten en diseñar e implementar un programa que sirva para hacer frente a los problemas de regulación de la política, y, en otras situaciones, en dar cumplimiento efectivo a las normas existentes, cuya inobservancia por parte de las autoridades concernidas ha dado lugar a una violación de los derechos de la población afectada por la política. Por último, la tercera característica común a los dos fallos comentados tiene que ver con el acompañamiento de la Corte Constitucional a lo largo del proceso de cumplimiento de las órdenes imparti-

das, mediante la utilización de similares herramientas de seguimiento del avance o retroceso en el cumplimiento de lo dispuesto por el tribunal.

Capítulo 4. Críticas a la modulación de los fallos de tutela

4.1. Introducción

Como se ha mostrado antes, la modulación de los efectos de los fallos de tutela es una práctica que la Corte Constitucional colombiana ha empleado para darle un alcance mayor a las decisiones que ella emite cuando revisa acciones de tutela (para que no se limiten a quienes fueron *parte* del proceso de tutela). Si bien ejemplos de este tipo de decisiones pueden identificarse desde hace más de una década, la atención prestada por parte de la doctrina y de la jurisprudencia misma a esta práctica ha sido escasa. Mientras que la primera ha reparado de manera puntual en ejemplos de decisiones de tutela que han sido moduladas (donde lo importante no son los aspectos relacionados con la modulación en sí misma, sino la problemática concreta planteada por la acción de tutela revisada), la segunda hizo una aproximación tardía a este tipo de decisiones, de las cuales se vino a ocupar de manera más o menos sistemática hasta el año 2001, y a partir de entonces lo ha hecho solo ocasionalmente.

Esta escasa atención prestada a la técnica de la modulación de los fallos de tutela, que en parte puede explicarse por su carácter excepcional y en parte por los resultados benéficos que ha generado en la práctica (que no han sido muy criticados),

ha retardado las valoraciones que respecto de ellas puedan formularse. Por esta razón no ha habido un intercambio de percepciones entre opositores que con sus críticas rechacen esta forma de actuación, que den lugar a eventuales respuestas que les hagan contrapeso, que consideren a la modulación de fallos de tutela como una forma válida o útil de intervención del juez constitucional en la revisión de casos particulares.

No obstante, a pesar del aparente olvido en el que se ha dejado a la modulación de fallos de tutela, este trabajo intentará formular un balance entre los (eventuales) aspectos positivos y negativos de esta clase de decisiones. Al hacer esto no se pretende agotar el estudio de todos y cada una de las ventajas y desventajas, sino tan solo realizar un balance a partir de la valoración de algunas de las críticas que se puedan formular en contra de la modulación de los fallos de tutela.

Partiendo de la falta de atención a la modulación de fallos de tutela, para identificar posibles críticas que podrían atacar dicha modulación de fallos de tutela se ha recurrido a dos vías. Por un lado, se ha reparado en algunas de las críticas que han sido sostenidas respecto de varios de los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha emitido a lo largo de sus años de actividad, en especial aquellas que arremeten en contra de la facultad de la Corte Constitucional de dictar decisiones que tengan altos impactos presupuestales en las finanzas del Estado y de la posibilidad de que controle políticas públicas. Por otro lado, se intentará aducir críticas que apunten de manera más específica contra la modulación de fallos de tutela, argumentando para tal efecto hipotéticas censuras en contra de la forma de control mencionada.

4.2. ¿Ilegitimidad democrática de la Corte Constitucional?

Una de las críticas que podrían formularse para objetar la actuación de la Corte Constitucional cuando modula acciones de tutela tiene que ver con una presunta ilegitimidad del tribunal para emitir este tipo de pronunciamientos, dado que por medio de ellos se adoptan decisiones que afectan a un número plural de sujetos que, incluso, pueden llegar a representar un porcentaje significativo de la población colombiana (como en los casos de los desplazados, o en la protección del derecho a la salud). De esta forma, podría argumentarse que no es el juez constitucional el llamado a adoptar decisiones que, a través del control de políticas públicas, afecten a un amplio número de personas, dado que en una democracia constitucional son los órganos elegidos, y no los jueces, los llamados a adoptar esta clase de decisiones pues tomarlas implica optar por posibilidades acerca de la distribución de bienes escasos y de los mejores mecanismos para llevar a cabo esa distribución.

Esta crítica ha sido formulada desde distintos sectores en contra de algunas tareas ejercidas por los órganos judiciales. En especial, ha sido aducida en contra de aquellas decisiones por medio de las cuales se revisan políticas públicas con el propósito de hacer valer algunos derechos constitucionales. Para ilustrar este punto, vale la pena recordar una de las posturas que tradicionalmente ha servido como referente a la hora de reproducirla, y es la sostenida por el economista Sergio Clavijo en los siguientes términos:

En materia económica la escogencia de alternativas conlleva una subjetiva ponderación de costos y beneficios cuyo resultado le corresponde a los elegidos en el proceso democrático. Las asignaciones del presupuesto de la Nación deben reflejar el equilibrio “pluripartidista” propio de todos los Congresos resultantes del voto popular. (Clavijo, 2001, 45)

Si bien esta objeción a la tarea de los órganos judiciales parece estar limitada a materias económicas, lo cierto es que puede ser sustentada respecto de cualquier actividad que se considere como de competencia de los órganos políticos. Cuando se cuestiona la ilegitimidad de la Corte Constitucional colombiana, y en general de todos los jueces que intervienen en el control de políticas públicas y en la distribución de recursos escasos, la objeción que se sostiene se puede sintetizar así: ¿por qué los órganos judiciales, que son los que tienen menor legitimidad democrática (debido a que no son elegidos por voto popular sino designados, no están sujetos a una renovación periódica de sus mandatos, ni son responsables de manera directa ante la opinión pública), deben imponer sus opiniones frente a las que tengan, sobre el mismo particular, los órganos “verdaderamente” democráticos, el Legislador y el Ejecutivo (que representan, ellos sí, a la voluntad popular)?²³

²³ Esta crítica corresponde a la denominada *dificultad contramayoritaria*, que se ha sostenido en contra de la intervención judicial en distintas áreas, no solo (ni principalmente) respecto de los derechos sociales. Algunas de las referencias que se hacen a este tema a lo largo del trabajo han sido tomadas de los siguientes dos trabajos: Gargarella, 1996; y Nino, 1997, especialmente el capítulo VII: “El control judicial de constitucionalidad en una democracia deliberativa”.

Esta crítica no solamente puede dirigirse contra la modulación de fallos de tutela, sino que en general abarca toda clase de adjudicación judicial que implique un rol activo de los jueces, que pueda ser considerada como una intromisión de estos en esferas que no les son propias. Es por esto que, respecto de esta afirmación, ya se han planteado una serie de argumentos y contra-argumentos que han dado lugar a una copiosa producción académica en torno a la presunta ilegitimidad de los órganos judiciales para intervenir en asuntos que algunos consideran como del resorte exclusivo de los órganos Legislativo y Ejecutivo. Por considerar que lo que se ha dicho en el debate académico que ya se ha dado sirve para abordar el estudio de la objeción planteada, en este apartado se hará una reconstrucción breve de los principales argumentos que han aparecido en el marco de dicho debate.

Como ya lo hemos mencionado, el intento de responder de manera consistente a la objeción que pone en entredicho la ilegitimidad de los jueces para intervenir en asuntos considerados como políticos ha dado lugar a un amplio número de trabajos académicos en la materia, que han intentado aportar argumentos para superar la llamada “dificultad contramayoritaria”. De acuerdo con algunos de estos, si bien los jueces son los órganos menos democráticos en cuanto a su *composición*, esto no quiere decir que las funciones que les corresponde desempeñar sean, igualmente, poco democráticas. Por el contrario, es preciso reconocer que los órganos judiciales cumplen importantes funciones para el mantenimiento de una democracia. Por un lado, tienen la tarea de proteger los

derechos individuales (civiles, políticos y sociales), los cuales son condiciones necesarias para la existencia misma de la democracia.²⁴ Por otro lado, desempeñan la labor de limitar el alcance del principio mayoritario, lo cual es esencial para garantizar la continuidad del proceso democrático.

Lo anterior ha llevado a matizar la dificultad contramayoritaria, para reconducirla a sus justas proporciones y limitar su alcance. En este sentido, se ha destacado que, si bien los jueces carecen de *legitimidad democrática formal*, en la medida en que su autoridad no deriva de manera directa de la voluntad popular (expresada mediante el voto), debe reconocerse que sí poseen *legitimidad democrática sustancial*, ya que cumplen funciones primordiales que ayudan a la conservación y funcionamiento de los procesos democráticos.²⁵ De esta forma, se ha aceptado que es legítimo que los jueces intervengan para proteger los derechos individuales en general (sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales), pero cuidando que esta intervención sea respetuosa de las órbitas funcionales de los órganos Legislativo y Ejecutivo.

Hay que remarcar que las posturas que se oponen a la intervención de los jueces en asuntos que tradicionalmente han estado vinculados con las facultades de los órganos políticos (como lo son la formulación de políticas públicas y la

²⁴ De acuerdo con Nino (1997, 276), existen algunos derechos (algunos de ellos de los denominados “sociales”) que son condiciones de validez del proceso democrático y que ayudan a que la democracia conserve el valor que la hace preciada en sí misma, por lo que los jueces deben asegurar su cumplimiento.

²⁵ Cfr.: Uprimny, 2006, 179.

priorización de gastos) claman, en últimas, por que se respete la separación de poderes y el principio democrático, los cuales se verían afectados si los órganos judiciales intervinieran en estos asuntos. Frente a esta crítica, consideramos que sus limitaciones parten de asumir que, necesariamente, el control judicial de las políticas públicas (con la intervención en materia económica que ello supone) implica el desconocimiento de los dos principios constitucionales antes mencionados, pues no existe una relación directa y necesaria entre, de un lado, controlar políticas públicas y, de otro lado, desconocer el principio democrático y la separación de poderes. En cambio, es posible que los jueces entren a ejercer la primera labor sin desconocer los principios señalados, y la modulación de los fallos de tutela en Colombia es un elocuente ejemplo de ello.

En efecto, en las sentencias que hemos tomado de ejemplo para ilustrar la práctica de la Corte Constitucional en materia de modulación de los efectos de los fallos de tutela en general, y de manera particular en las que se realiza control sobre políticas públicas, puede observarse que la Corte no se ha arrogado la facultad de imponer su opinión sobre la de los demás órganos políticos, regulando detalladamente la manera como se debía adelantar una política pública, y ordenando la apropiación de gasto que hiciera posible la implementación de su decisión. Por el contrario, ha optado por encargar a las autoridades *administrativas* competentes la función de diseñar los respectivos planes y programas que servirían para cumplir lo ordenado en la sentencia, otorgando para tales

efectos plazos prudenciales a las autoridades indicadas para que llevaran a cabo la tarea encomendada.

De esta forma, la Corte ha hecho que operara, *mutatis mutandi*, una especie de *reenvío legislativo* que tiene múltiples ventajas como forma de control respetuosa de la separación de poderes. De un lado, garantiza que la decisión judicial no tenga carácter real ni aparente de “decisión última”. De otro lado, promueve la reflexión de los órganos políticos sobre su labor de creación normativa. Y por último, garantiza que la decisión que termine prevaleciendo sea la de los órganos de mayor legitimidad democrática.²⁶

A manera de conclusión, podemos señalar que la Corte Constitucional ofrece un valioso ejemplo de cómo los jueces pueden, a la vez, controlar políticas públicas (mediante la modulación de fallos de tutela) y respetar la separación de poderes y el principio democrático. Es por esto que la práctica de modulación de los fallos de tutela puede dar buena cuenta de la objeción sobre la supuesta carencia de legitimidad, pero no por esto se deben dejar de lado las advertencias importantes que ella formula, pues llamar la atención sobre los límites competenciales que se le imponen a los jueces pueden servir para mantener a raya los eventuales e indeseables excesos.

4.3. ¿Extralimitación de funciones?

Tradicionalmente la tutela ha sido entendida como un mecanismo de control de constitucionalidad concreto, ya que tiene como propósito estudiar si una situación fáctica es

²⁶ Cfr.: Gargarella, 1996, 175-177.

constitucional o si, por el contrario, desconoce los mandatos que se desprenden del texto constitucional. Ahora bien, la función de la Corte cuando modula los efectos de los fallos de tutela presenta matices distintivos, pues en estos casos la Corte suele ahondar en los hechos que se le presentan por medio de una acción de tutela, ampliando el marco fáctico que le plantean las tutelas que decide revisar. Frente a esta forma de actuar, cabría preguntarse: ¿al extender el estudio de los fallos de tutela a hechos que no son revisados, no se está desdibujando el diseño que inicialmente fue pensando para esta acción (ser un mecanismo de control concreto)?; o, dicho de manera más específica, ¿no está la Corte excediendo el ámbito de aplicación de la acción de tutela?

Además de esta, existe otra pregunta que es pertinente formular en este acápite, teniendo en cuenta que también podría servir de base para afirmar que la Corte Constitucional se ha proпасado en el ejercicio de sus atribuciones. Esta pregunta se relaciona con la elaboración e implementación de mecanismos creados con el propósito de monitorear y hacer seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte. Respecto de estos mecanismos, ¿no cabría preguntarse si suponen un exceso de la Corte Constitucional, en la medida en que extiende su participación dentro de un proceso de tutela más allá del fallo (con el que podría suponerse que se termina la competencia del juez)?

En gran medida la respuesta a los interrogantes planteados ha sido esbozada en distintos lugares de este trabajo cuando se han explicado los argumentos que la Corte ha aportado como fundamentos de la modulación de fallos de tutela y de

la implementación de mecanismos de monitoreo y seguimiento. Teniendo en cuenta lo anterior, en este capítulo se hará un recuento de los planteamientos expuestos en los apartes respectivos para responder las dos preguntas formuladas antes.

En primer lugar, el carácter excepcional de la modulación de fallos de tutela –el cual se debe en parte a los supuestos de hecho poco comunes que justifican que se adopte esta clase de decisiones– da una fuerte razón para que no se pueda afirmar que la adopción de esta clase de sentencias implique negar que una característica esencial de la acción de tutela sea la de ejercer control concreto de constitucionalidad. Mientras que el gran número de acciones de tutelas revisadas por la Corte Constitucional continúan teniendo efectos limitados a los sujetos que fueron parte dentro del proceso, la modulación de los efectos de los fallos de tutela se da de manera inusual y, si se quiere, aislada.²⁷ Lo mismo cabe decirse de aquellas decisiones en las que se utilizan mecanismos de monitoreo y seguimiento de los fallos emitidos, cuyo número es aún menor que el de sentencias moduladas.

En todo caso, si bien el razonamiento anterior explica que la acción de tutela como mecanismo de control concreto de constitucionalidad no ha sido desvirtuada por la práctica de modulación de los fallos de tutela, esta afirmación no es una

²⁷ Sin pretender dar un dato determinado y exacto, es posible afirmar que la totalidad de los fallos de tutela dictados por la Corte Constitucional colombiana en los que se han modulado sus efectos, representan un porcentaje mínimo frente al total de acción de tutela falladas por la Corte Constitucional.

premisa suficiente para deducir de ella que las sentencias con efectos modulados no han supuesto un exceso en el ejercicio de la labor judicial. Por el contrario, queda aún un interrogante abierto que es necesario abordar: ¿las sentencias que *excepcionalmente y de manera aislada* han modulado los efectos de las decisiones no han implicado una extralimitación en el ejercicio de la labor de la Corte Constitucional?; ¿y esas pocas ocasiones en las que ha decidido encargarse de hacer cumplir lo que ordena por medio de sus sentencias no constituye también una extralimitación en sus atribuciones?

Para responder a lo anterior no se acudirá al auxilio de mandatos legales que de alguna manera hagan referencia al rol de los jueces, para analizar si de tales mandatos se deriva una autorización para adoptar fallos modulados. Si se siguiera este enfoque, la cuestión se limitaría a verificar si la actuación de la Corte Constitucional tiene una base legal, y la autoridad de la ley (y su interpretación) clausurarían aspectos más interesantes del debate, como es el de analizar si es propio de la función del Poder Judicial adoptar decisiones que aludan a quienes no fueron parte de un proceso, así como establecer procedimientos de supervisión de sus decisiones.²⁸

Teniendo en cuenta la anterior aclaración, empezaremos por recordar que las prácticas de emitir sentencias por medio

²⁸ Esto no quiere decir que se le reste total importancia a la pregunta por el fundamento legal de las dos atribuciones de la Corte Constitucional que se han venido estudiando. Lo que se pretende al dejar de lado en este espacio la cuestión de fundamento legal es no tratar los dos temas estudiados tan solo desde el punto de vista de las normas positivas colombianas, sino más bien estudiar la conveniencia de que el juez constitucional desempeñe estas dos funciones.

de las cuales se adoptan decisiones cuyos efectos irradian también a quienes no fueron parte de un proceso, así como la de monitorear y supervisar sus decisiones, no son un invento original y único de la Corte Constitucional colombiana que no encuentran par en la práctica de los tribunales domésticos de otros países. Por el contrario (y esto también ya ha sido tratado en anteriores capítulos), los pronunciamientos de distintos tribunales extranjeros son un ejemplo de que estas dos atribuciones también han sido utilizadas por otros, y que la colombiana no es la única Corte que ha utilizado estas facultades.

La facultad para expedir órdenes de contenido estructural ha sido afirmada por jueces de distintas latitudes y características, como lo son la Cortes Supremas de la India, Sudáfrica, Estados Unidos y Canadá. Esta forma de actuar se ha dado, al igual que en el caso colombiano, con ocasión del control de constitucionalidad concreto que se adelanta respecto de determinadas situaciones. Estas situaciones presentan, en términos generales, las características de ser complejas, en el sentido de que se trata de deficiencias estructurales de políticas públicas, y graves, en el sentido de que dan lugar a violaciones de derechos fundamentales de las personas afectadas.²⁹

La decisión de dictar órdenes complejas frente a este tipo de situaciones generalmente ha venido atada a la de ejercer

²⁹ Pisarello considera que estos dos son rasgos característicos de las situaciones que han dado lugar a pronunciamientos judiciales de reforma estructural en los Estados Unidos y en Colombia (*cf.*: Pisarello, 2007, 100), y pueden advertirse en algunos de los casos de reforma estructural estudiados por las demás Cortes Supremas mencionadas en el texto.

una *jurisdicción de supervisión*³⁰ que le permita al juez estar al tanto de la medida en que sus decisiones se materializan y generan el efecto que se perseguía mediante su adopción.³¹

Es de cara a situaciones graves y complejas puestas en su conocimiento que la Corte Constitucional ha decidido modular los efectos de sus decisiones, teniendo en ocasiones el alcance de afectar el diseño de determinadas políticas públicas (la salud, la atención y prevención del desplazamiento, entre otras). En estas situaciones, la Corte ha asumido un rol más activo (comparado con el que tradicionalmente asume), en la medida en que no se limita a declarar la vulneración de un derecho de quienes han acudido a la tutela como herramienta de protección, y quedando como un árbitro imparcial frente a quienes no han hecho uso de ella. ¿Supone esto una extralimitación en el ejercicio de las funciones que le corresponde ejercer en tanto juez?

A nuestro juicio, no es extraño al papel que en la actualidad asumen los jueces que decidan intervenir de manera activa para proteger los derechos de una población afectada (que es lo que la Corte hace por medio de la modulación de fallos).

³⁰ Para citar tan solo un ejemplo, la Corte Suprema sudafricana ha afirmado que “cuando la vulneración a algún derecho haya tenido lugar, incluyendo un derecho económico, social y cultural, una corte está bajo el deber de asegurar que se conceda un alivio eficaz [...] Si es necesario esto puede incluir tanto la expedición de un mandamiento judicial (*mandamus*) como el ejercicio de la jurisdicción de supervisión” (Roach, 2008, 54).

³¹ En esta oportunidad no se estudiará si el propósito con el que se ejerce la jurisdicción de supervisión es logrado, es decir si es eficaz, o si por el contrario genera “mucho ruido pero pocas nueces”, ya que la discusión sobre el diseño de los mecanismos de supervisión y monitoreo solo tendrá sentido una vez se haya aceptado que es conveniente que estos existan.

Por el contrario, guiados por distintos factores (algunos de ellos analizados en el capítulo 1), es frecuente que intervengan de tal manera que sus decisiones generen un impacto sobre un amplio número de personas. Es así como, en sí misma, la modulación no supone una práctica ajena a las características que en la actualidad asumen los tribunales domésticos extranjeros y no es, por lo tanto, una extralimitación, si es que se asume (como en este trabajo se hace) que lo que marca el lindero que permite saber cuándo existe una extralimitación y cuándo no es (algo así como) “la naturaleza” de la función judicial, la cual insistimos que acepta la intervención activa de los jueces en asuntos que afectan a un número plural y significativo de personas.

Al afirmar esto no se pretende pasar por alto las dificultades y riesgos que plantea esta forma de intervención judicial, de los cuales el más evidente es la de la posible afectación del principio de separación de poderes. Sin duda alguna frente a este principio, y en general frente a todos los riesgos y dificultades, es necesario que se actúe con cautela. Lo que se pretende resaltar es que, frente a situaciones graves y complejas que involucran el goce efectivo de los derechos fundamentales de un número amplio de personas, los jueces pueden revisar estos asuntos y decidir sobre ellos, siempre que se respete la separación de poderes. Y para que esto sea posible, es importante que se establezcan criterios claros que permitan que la intervención excepcional no se convierta en una atribución “normal” o cotidiana, ya que ello podría suponer una intromisión del juez en asuntos que no le competen. La gravedad, la complejidad y (se agrega) la urgencia

de la intervención son criterios que pueden dar parámetros útiles que sirvan para definir cuándo la intervención judicial sea necesaria, y cuándo pueda ser dejada para un desarrollo posterior del Ejecutivo o del Legislativo.

4.4. ¿Vulneración del debido proceso?

En un aparte anterior de este trabajo se expuso que, de todos los que ha invocado la Corte Constitucional, quizás el argumento más sólido para respaldar su práctica de modular los efectos de las decisiones que emite tiene que ver con la finalidad de proteger derechos constitucionales fundamentales, especialmente el derecho a la igualdad de aquellas personas que no habían presentado acción de tutela, pero que se encontraban en una situación similar a quienes sí la habían interpuesto. De acuerdo con el planteamiento de la Corte, la modulación de los efectos de los fallos de tutela se justifica si se tiene en cuenta que emitir órdenes que no abarquen al grupo de los no tutelantes puede dar lugar a una vulneración del derecho a la igualdad.

Esta forma de proceder, aun cuando pretende ser plenamente respetuosa de los derechos fundamentales de los sujetos a quienes se les extienden las órdenes emitidas, plantea una seria dificultad en materia de protección de un derecho fundamental en específico: el derecho al debido proceso de quienes no han sido parte del proceso de tutela. Este derecho recoge una serie de garantías que deben observarse en una actuación judicial o administrativa, y las reviste de jerarquía constitucional. Una de las garantías que componen el debido proceso es el derecho que tienen todas las personas en contra

de las cuales se inicia un proceso judicial o administrativo a ser *oídas* en el desarrollo de este proceso, como una manera idónea de ejercer la defensa dentro de estos procesos. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente la dificultad que genera la modulación de los fallos de tutela frente al derecho mencionado: ¿emitir órdenes que generen consecuencias para quienes no hicieron parte de un determinado proceso no implica la vulneración del derecho a ser oído dentro de un procedimiento judicial?

Por un camino un tanto enmarañado, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa fue el que expresó una voz de alerta sobre el riesgo que supone la adopción de sentencias que en las que las órdenes se extiendan a sujetos que no hicieron parte de un proceso de tutela. Así, en una decisión de agosto de 2008, en la cual decidió una acción de tutela interpuesta en contra de una sentencia de la Corte Constitucional,³² el Consejo de Estado sostuvo que:

Pese a la prohibición de la procedencia de tutela contra fallos de tutela, tal prohibición no aplica cuando hay dos presupuestos: el primero, no haber hecho parte dentro del proceso de tutela y el segundo, haberse presentado vulneración de un derecho de categoría fundamental en razón

³² La acción de tutela fue interpuesta en contra de una decisión de la Corte Constitucional emitida en octubre de 2007 (sentencia SU-813 de 2007). En esa ocasión la Corte había definido la situación de varios deudores del Upac y ordenado la restitución a tales deudores de algunos bienes inmuebles que habían perdido. El accionante era propietario de uno de los inmuebles que se ordenaba restituir a sus anteriores propietarios, y consideraba que la decisión de la Corte afectaba su derecho a un debido proceso.

del fallo, cuya protección dado su innegable urgencia, no permita ser reclamado por instancias diferentes a la acción de tutela. (Consejo de Estado, sección segunda, Subsección A, sentencia del 11 de junio de 2008. *Cursivas fuera del texto original*)³³

Esta decisión, cuestionable desde un punto de vista jurídico (pues abre la posibilidad a un infinito e inacabable número de instancias que impediría, o por lo menos dilataría, la finalización de un proceso de tutela, y pone en cuestión la autoridad de la Corte Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, entre otros),³⁴ tiene por lo menos un aspecto positivo que vale la pena remarcar: llama la atención del tribunal constitucional y le recuerda que el ejercicio de su función debe respetar de manera rigurosa las normas constitucionales, las cuales aplica como su supremo intérprete.³⁵ El aparte citado y subrayado de la decisión del

³³ Aunque en el caso concreto el Consejo de Estado no concedió la acción de tutela interpuesta contra una decisión de la Corte Constitucional (pues consideró que en el caso concreto no había habido vulneración de los derechos fundamentales de accionante), sentó la regla de que las sentencias de la Corte Constitucional en las que se revisan acciones de tutela pueden a su vez ser impugnadas mediante una nueva acción de tutela.

³⁴ De hecho, la Corte Constitucional ya ha tenido la oportunidad de afirmar de manera categórica que la acción de tutela no procede en contra de una sentencia en la que se resolvió una acción de tutela o, en otras palabras, que no procede la tutela contra tutelas. *Cfr.*: Corte Constitucional, sentencia SU-1219 de 2001.

³⁵ En palabras del profesor Tulio Elí Chinchilla, “atreverse a ejercer –como lo hace este fallo [del Consejo de Estado]– el control de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional desde otra autoridad judicial, conduce a un laberinto infinito de instancias decisorias en materia de amparo de los derechos fundamentales, sin que nadie tenga potestad para decir la última palabra. Con todo, la

Consejo de Estado deja entrever que, sin duda, el mensaje que se envía a la Corte Constitucional es el de recordarle que una de las normas que debe aplicar con mayor cuidado es la que consagra el derecho fundamental a ser oído.

Partiendo de la base de que la gran mayoría de las decisiones moduladas han tenido el propósito de ampliar la órbita de protección de los derechos fundamentales y tomar medidas para que la violación a los mismos sea reparada, es posible afirmar que no es una práctica frecuente que sea desconocido el derecho al debido proceso. Sin embargo, también debe reconocerse que la afectación a este derecho, antes que ser un simple riesgo hipotético y eventual, se ha presentado ya en algunas decisiones moduladas que ha adoptado la Corte Constitucional.³⁶ Esto resalta la importancia del llamado hecho por el Consejo de Estado a través de la providencia reseñada antes, en el sentido de que es una obligación ineludible del juez constitucional que en el proceso de revisión de tutelas respete el derecho al debido proceso de todos aquellos que

almendra rescatable de esta sentencia consiste en que le enrostra a nuestro Tribunal Constitucional el peligro de no respetar el carácter de órgano límite (o “de cierre”) que el Constituyente del 91 le atribuyó también a los otros dos supremos jueces de nuestra estructura institucional (Corte Suprema y Consejo de Estado), cada uno de ellos en la respectiva esfera del derecho ordinario (civil, laboral, penal, contencioso-administrativo, etc.)”. Cfr.: Chinchilla, 2008.

³⁶ Un ejemplo reciente, al que ya hicimos referencia, es el de los trabajadores del Hospital San Juan de Dios, cuya situación fue estudiada en la sentencia SU-484 de 2008. En esta sentencia, la Corte decidió declarar que desde el 29 de octubre de 2001 quedaban terminadas las relaciones laborales de los trabajadores del Hospital San Juan de Dios, y que esta decisión cubría a todos los trabajadores y no solo a quienes habían sido parte del proceso de tutela. Al respecto, *cfr.*: Comisión Colombiana de Juristas, 2008.

quedan cubiertos por las órdenes que dicta. Este deber debe ser observado con mayor cuidado, sobre todo (y especialmente) cuando las decisiones que adopte la Corte tengan que ver con la definición de situaciones jurídicas, que podrían dar lugar a efectos adversos o negativos en el disfrute de derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, se llegará a la paradójica (e inaceptable) situación de que un mecanismo ideado con el propósito de proteger un derecho fundamental (la igualdad) tiene como consecuencia la afectación de otro derecho fundamental (el debido proceso).

Conclusiones

La modulación de los fallos de tutela es una práctica que se enfrenta a una serie de dificultades y riesgos, y que no hayan sido resaltados por la academia o los órganos estatales no quiere decir que no han estado ni sigan estando latentes. Puede que el desinterés en subrayar los riesgos de la modulación de los fallos de tutela se deba en parte a que hasta el momento las decisiones en donde se han emitido órdenes moduladas han tenido efectos positivos para el disfrute de los derechos fundamentales de los grupos que se ha pretendido proteger, pero las buenas intenciones del juez constitucional no sirven para hacer desaparecer dichos riesgos o dificultades, principalmente porque del hecho de que las decisiones se hayan venido dando de cierta manera no significa que siempre tendrán la misma intención y los mismos resultados.

Es por esto que cuestionarse por los riesgos y dificultades que plantea la modulación de los fallos de tutela es un asunto relevante, que debe ser tratado en un trabajo que se ha ocupado de estudiar dicha práctica judicial. Que este tema no haya sido abordado antes de manera directa plantea el problema de identificar cuáles son esos riesgos y dificultades que acompañan, silenciosos y próximos, la modulación de fallos de tutela. No obstante lo anterior, este no ha sido un obstáculo que impida por completo abordar este tema, sino

que simplemente hizo que se afrontara a partir de críticas “supuestas”, que se cree que pueden tener relevancia para el problema planteado. La intención no fue, por lo demás, hacer un recuento exhaustivo de todas las críticas que se podrían formular en contra de la modulación de fallos de tutela, sino que simplemente se trataron tres de ellas.

Estas tres críticas que fueron abordadas cuestionaban distintos aspectos de la modulación de fallos de tutela. En términos generales, las tres críticas estudiadas cuestionan la competencia de la Corte Constitucional para emitir órdenes que cubran a personas que no fueron parte dentro de un proceso de tutela. Luego de abordar estas críticas, el balance que se puede hacer de ellas es que no tienen la solidez suficiente como para impedir que la Corte Constitucional continúe con la forma de intervención mencionada, pero sí ponen de relieve distintas voces de alerta. Por un lado, alertan a la Corte Constitucional de que su intervención puede dar lugar a una intromisión en la órbita de competencia de los órganos Legislativo y Ejecutivo. Por otro lado, llaman la atención respecto de la eventual vulneración del derecho al debido proceso de quienes, pese a no ser parte dentro del proceso de tutela, son afectados por las órdenes formuladas. Por último, remarcan la necesidad de que esta forma de intervención sea realizada siguiendo estrictos y claros criterios que hagan de la modulación una práctica verdaderamente excepcional, y no una atribución “normal” o usual de la Corte Constitucional.

Estas tres voces de alerta parecen apuntar hacia un mismo sentido, relacionado con la necesidad de que las decisiones que abarcan a quienes no fueron parte del proceso sean

excepcional y cautelosamente adoptadas, para que las “críticas” estudiadas no den lugar a situaciones problemáticas. Y existe otro argumento adicional para recomendar que la práctica de modular sentencias de tutela conserve su carácter excepcional: si se acepta (como se hizo en el capítulo 1 de este escrito) que la modulación de fallos es una manifestación de la judicialización de la política que se presenta hoy día en Colombia, que aquella (la modulación) se realice de manera frecuente o rutinaria puede llevar a acentuar la judicialización de la política, y esto es algo que es benéfico y necesario evitar, ya que una excesiva judicialización de la política puede llevar a la (así denominada) *politización de la justicia*, con los efectos negativos que ello supone (siendo el más sobresaliente el de socavar la independencia judicial).¹

¹ Este riesgo es puesto en evidencia por, entre mucho otros, Couso, quien afirma que “la experiencia histórica indica que en países con una débil tradición de respeto al Estado de derecho, la judicialización de la política suele acabar con la independencia de la judicatura, ya que los gobernantes —al advertir el potencial de poder político de las cortes— sucumben a la tentación de intervenir la judicatura con personas que les parezcan confiables” (2004, 45). Para otros riesgos de la politización de la justicia, *cf.*: Uprimny, 2006, 66 y 67.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.
- Aguiar de Luque, Luis. “La Justicia Constitucional en Iberoamérica”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. 2008 *Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*. UNHCR, julio de 2009. Disponible en: <http://www.unhcr.org/4a375c426.html>.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo. *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Botero Marino, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla – Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4ª Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 1994.
- Cepeda Espinosa, Manuel José y Eduardo Montealegre Llynet (eds.). *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

- Clavijo, Sergio. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfaomega, 2001.
- Chinchilla, Tulio Elí. ¿*Tutela contra tutela?* [columna de opinión]. *El Espectador*. 25 de agosto de 2008.
- Comisión Colombiana de Juristas. “*Llamado urgente a la protección de los derechos humanos de las trabajadoras y trabajadores del Hospital San Juan de Dios*” [comunicado de prensa]. 4 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.coljuristas.org/Pronunciamientosydeclaraciones/Comunicadosdeprensa/tabid/126/Default.aspx>.
- Couso, Javier. “Consolidación Democrática y Poder Judicial: los Riesgos de la Judicialización de la Política”. *Revista de Ciencia Política – Universidad Diego Portales*, vol. XXIV No. 2 (2004).
- Defensoría del Pueblo. *La Tutela y el Derecho a la Salud: Periodo 2003-2005*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2007.
- Easton, Robert. “The Dual Rol of the Structural Injunction”. *Yale Law Journal*, vol. 99 (junio de 1990).
- El Espectador*. “Unificación del sistema de salud cuesta \$6 billones: Gobierno”. 23 de agosto de 2008.
- Fajardo Glauser, Sylvia. “Tutela de Derechos Enunciados en otros Capítulos”. *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Llynet (eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Ferejohn, John. “The Law of Politics: Judicializing Politics, Politicizing Law”. *65 Law & Contemporary Problems* 41 (verano de 2002).

- Garay Salamanca, Jorge Luis. “Crisis, exclusión social y democratización en Colombia”. *La crisis política colombiana. Más que un conflicto armado y un proceso de paz*. Ann Mason y Luis Javier Orjuela (eds.). Bogotá: Universidad de los Andes – Facultad de Ciencias Sociales, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales (CESO), 2003.
- García Villegas, Mauricio. “Introducción”. *Mayorías sin democracia, desequilibrio de poderes y estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Mauricio García Villegas y Javier Eduardo Revelo Rebolledo (codirectores). Bogotá: Colección DeJusticia, 2009.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Gauri, Varun y Daniel M. Brinks. “Introduction: the elements of legalization and the triangular shape of social and economic rights”. *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Varun Gauri y Daniel M. Brinks (eds.). Nueva York: Cambridge University Press, 2008.
- Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.
- Grupo de investigación en derecho procesal de la Universidad del Rosario. *Una respuesta práctica de la Corte Constitucional colombiana al control de la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales desde la sentencia T-760/08*. Mimeo.

- Guastini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y meta-teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- Hamilton, Alexander. *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Hirschl, Ran. “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”. *Fordham Law Review*, vol. 75 No. 2 (2006).
- Kapiszewski, Diana y Matthew Taylor. “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”. *Perspectives on Politics*, vol. 6 No. 4 (diciembre de 2008).
- Klug, Heinz. *Constituting Democracy – Law, Globalism and South Africa’s Political Reconstruction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- . “Bounded Alternatives: The Reception of Constitutional Paradigms and the Civilizing of Unnegotiable Conflicts in South Africa”. Trabajo presentado en la Conferencia de la American Bar Foundation New Challenges for the Rule of Law: Lawyers, Internationalization, and the Social Construction of Legal Rules. University of California, Santa Barbara, 1997.
- Langford, Malcolm (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- . “The Justiciability of Social Rights: From Practices to Theory”. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Malcolm Langford (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- Lemaitre Ripoll, Julieta. *Someone Writes to the Colonel: Judicial Protection of the Right to Survival in Colombia and the State's Duty to Rescue* [Ponencia] Seminario sobre Teorías Constitucionales y Políticas en Latinoamérica. Universidad de Yale – Nueva York, 2005. Disponible en: [http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Julieta%20Lemaitre%20\(Final%20English%20Version\)%20v%201.0.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Julieta%20Lemaitre%20(Final%20English%20Version)%20v%201.0.pdf).
- López Media, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª edición. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, 2006.
- Martínez Caballero, Alejandro. “Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 316. Bogotá, 2000.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 10ª edición. Barcelona: Ariel, 2001.
- . *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Pérez Murcia, Luis Eduardo. “Desarrollo, Derechos Sociales y Políticas Públicas”. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Luis Eduardo Pérez Murcia, César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (DeJusticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), 2007.
- Pisarello Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

- Prieto Sanchís, Luis. “El Constitucionalismo de los Derechos”. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Ibáñez – Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Ríos-Figueroa, Julio y Matthew M. Taylor. “Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico”. *Journal of Latin America Studies* vol. 38 No. 2 (2006).
- Roach, Kent. “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights”. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Malcolm Langford (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Rodríguez Garavito, César. “Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”. *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. César Rodríguez Garavito (coord.). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2010.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. *Y los desplazados, ¿qué?* [Columna de opinión]. *El Tiempo* (12 de julio de 2009).
- Sepúlveda, Magdalena. “The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice”. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Malcolm Langford (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- Solano González, Édgar. “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Llynet (eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Stein, Ernesto, Mariano Tommasi *et al.* (coords.). *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America. 2006 Report*. Washington D. C.: Inter-American Bank Development, 2006.
- Tole Martínez, Julián. “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucional, un ejemplo de su aplicación”. *Cuestiones Constitucionales*, No. 15 (julio-diciembre de 2006).
- Tribe, Laurence. *American Constitutional Law*. 3ª edición. Vol. 1. New York: Foundation Press, 2000.
- Tushnet, Mark. “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”. *Texas Law Review* vol. 82 (junio de 2004).
- . “State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations”. *Chicago Journal of International Law* No. 3 (otoño de 2002).
- . *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- Uprimny, Rodrigo. “Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía”. *¿Justicia para Todos?* Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García. Bogotá: Norma, 2006.

- . “The Judicial Protection of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”. *Courts And Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux (eds.). Burlington: Ashgate Publishing, 2007a.
- . “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. *Compilación de instrumentos internacionales. Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*. 7ª edición. Daniel O’Donell (ed.). Bogotá: Alto Comisionado para los Derechos Humanos – Oficina en Colombia, 2007b.
- . “La Judicialización de la Política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos”. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* No. 4 (2006).
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Mauricio García Villegas. “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”. *Democratizar la Democracia*. Boaventura de Sousa Santos (coord.). México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Vargas Hernández, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* vol. 1 (2003).

Este libro fue compuesto en caracteres
Stempel Garamond 12 puntos, impreso sobre
papel propal de 70 gramos y encuadernado
con método Hot Melt, en el mes de marzo de 2012,
en Bogotá, D.C., Colombia
Javegraf

Varios ensayos y artículos nacionales y extranjeros se han dedicado a estudiar ejemplos específicos de fallos de tutela con efectos modulados –siendo la más analizada la T-025 de 200, sobre la política pública de prevención y atención del desplazamiento–. Sin embargo, ningún estudio ha examinado estas decisiones en su conjunto, con una mirada comprensiva, que entienda a la modulación de fallos de tutela como una práctica de la Corte Constitucional, y no como decisiones individuales o aisladas. Este texto pretende llenar tal vacío, analizando el concepto, los fundamentos y las clases de fallos de tutela modulados. Además, valiéndose de estudios de sociología Jurídica que han tenido como objeto de estudio el control judicial, busca identificar algunos elementos que han permitido que esa práctica tenga lugar en Colombia. Por último, a partir del análisis de las críticas que eventualmente se podrían formular a esta práctica, pretende aportar algunos elementos a un debate teórico importante en derecho constitucional, relacionado con el papel de los jueces en la exigibilidad de los derechos cuando estos son incumplidos y cumplidos de manera insuficiente por los demás órganos estatales.

