



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La legitimidad de los fallos de tutela del juez constitucional cuando interviene en políticas públicas. Incidencia de la sentencia de tutela T- 085 de 2009 en el tema de la reparación a las personas víctimas del desplazamiento forzado

Lina María Mogollón Aristizábal

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Bogotá, Colombia
2013

La legitimidad de los fallos de tutela del juez constitucional cuando interviene en políticas públicas. Incidencia de la sentencia de tutela T- 085 de 2009 en el tema de la reparación a las personas víctimas del desplazamiento forzado

Lina María Mogollón Aristizábal

Trabajo final presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magíster en Derecho – Profundización en Derecho Constitucional

Director:
Luis Manuel Castro Novoa

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Bogotá, Colombia
2013

Resumen

El papel del juez constitucional en el marco del régimen constitucional le impone el deber de garantizar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política. En este actuar su papel puede ser considerado como activo o pasivo en el sistema jurídico en el cual está inserto. Este papel activo del juez es censurable por unos y alabado por otros. Y es precisamente, en el escenario de este papel activo donde puede llegar a influenciar el proceso de una política pública, el cual debe tener unos límites para efectos de considerar legítimo su actuar. Un buen espacio para analizar dicha influencia se puede encontrar en la revisión de las sentencias proferidas en el trámite de una acción de tutela que realiza la Corte Constitucional.

Palabras claves: Corte Constitucional, políticas públicas, juez constitucional, legitimidad, derechos fundamentales, deberes, acción de tutela.

Abstract

The role of a constitutional court is to ensure the fundamental rights recognized by the Constitution, under a constitutional system. Such a role can be considered to be active or passive in the context of the legal system in which the judge operates. An active role is objectionable by some and praised by others. And, precisely, when the judge assumes an active role there is a possibility of influencing the public policy process that must be limited in order to consider the actions legitimate.

Key words: Constitutional Court, public policy, constitutional judge, legitimacy, fundamental rights, duties, action of protection.

CONTENIDO

<i>Resumen</i>	V
<i>Introducción</i>	1
<i>Capítulo 1: Una reflexión acerca de las políticas públicas</i>	3
1.1 Noción de Política Pública	3
1.2 El Actor en las Políticas Públicas	9
1.3 Las políticas públicas y la argumentación	11
1.4 Las políticas públicas y su evaluación	13
1.5 Conclusiones	14
<i>Capítulo 2: El papel del juez constitucional en las políticas públicas</i>	15
2.1 La Constitución Política como punto de partida del juez constitucional	15
2.2 Noción de derecho y deber	18
2.3 La validez de las decisiones judiciales	23
2.4 Justificación del papel activo y pasivo del juez constitucional	32
2.4.1 La argumentación a favor del papel activo del juez constitucional	35
2.4.2 La argumentación en contra del papel activo del juez constitucional	37
2.5 Influencia del juez constitucional en las políticas públicas	39
2.6 Una propuesta para la intervención del juez en políticas públicas	42
2.7 Conclusiones Preliminares	49
<i>Capítulo 3: Legitimidad del juez constitucional en la intervención de políticas públicas – Sentencia T- 085 de 2009</i>	51
3.1 Consideraciones previas	51
3.2 Breve descripción de la Corte Constitucional Colombiana y sus funciones en materia de acción de tutela	55
3.3 El caso de la sentencia T- 085 de 2009 y su repercusión en la política de reparación	60
<i>Conclusiones finales</i>	71
<i>Bibliografía</i>	73

Introducción

El presente trabajo pretende demostrar la legitimidad de la intervención del juez constitucional en las políticas públicas, basado en las competencias que le atribuye el régimen constitucional de salvaguardar la democracia y los derechos fundamentales y en la consideración de ser un actor con la capacidad de influir en la red decisional de las políticas públicas. La legitimidad, que es la tesis de este trabajo, la constituye el proceso y la argumentación que fundamenta sus decisiones, la capacidad de hacerlas cumplir y sobre todo de influir en cualquier momento en una política pública.

El objetivo de este trabajo es evidenciar que bajo determinados supuestos, el juez constitucional, cuando interviene en políticas públicas no está afectando la estructura de la separación de poderes, está cumpliendo sus funciones y contribuyendo a los fines del Estado Social de Derecho, lo que permite concluir la legitimidad de su actuación judicial en política. La idea no es atribuir un calificativo de bueno o malo al papel actual del juez constitucional, sino de definir sus beneficios y riesgos, de adoptar una postura y de crear límites.

Lo anterior a partir del análisis descriptivo del proceso de política pública, valorativo del papel del juez en el marco de un régimen constitucional, crítico de los riesgos de un juez sin límites y sin consciencia respecto de cuáles deberían ser esos límites.

Definidos los debates acerca de la actividad del juez constitucional en políticas públicas y elaborada una propuesta acerca de la limitación de su actividad, se pasará a analizar qué influencia tuvo, ha tenido o podría tener la sentencia de tutela T- 085 de 2009 en la política pública de reparación a las personas víctimas del desplazamiento forzado, al descartar en unos casos específicos la aplicación de unas normas y casi la validez de las mismas para conseguir dicho objetivo, y al imponer unos parámetros constitucionales que se deben cumplir para conseguir la satisfacción de dicho derecho y permitir, mientras se constituyen dichos parámetros, el ejercicio de la acción de tutela. Asimismo, se razonará acerca de la legitimidad de la decisión adoptada en el marco de la labor del juez constitucional de crear subreglas para la protección de un derecho fundamental.

Capítulo 1: Una reflexión acerca de las políticas públicas

1.1 Noción de Política Pública

1. Tal vez un método para definir política pública sería la separación de las dos palabras que integran esta acepción. Es decir, definir por un lado qué es política y por el otro qué es pública, esto es, lo público.

Así, en un diccionario básico jurídico, que dista de una político, pues se trata de lenguajes y objetos de estudio diferentes, la política es entendida como el “*arte de gobernar, o alarde de hacerlo, dictando leyes y haciéndolas cumplir, promoviendo el bien público y remediando las necesidades de los ciudadanos y habitantes de un país*”¹ y lo público como “*de todos o de la generalidad*”². Si se hiciera una definición conjunta, entonces sería definir política pública como la producción de leyes que pretenden remediar las necesidades de una generalidad.

Esta definición no está ni bien ni mal. Sólo describe una realidad que se enmarca o que en un momento histórico se enmarcó en el predominio del poder legislativo y de manera extraordinaria del ejecutivo, pues la actividad que representa es *dictar leyes*. Ahora, el que estas leyes satisfagan las necesidades de una generalidad, también se enmarca en los postulados de un deber ser de éstos dos organismos.

2. El anterior concepto omite aspectos relevantes que han sido estudiados desde la perspectiva constitucional y omite estudios propios de la ciencia política.

En primer lugar se ha de hacer referencia a que el escenario constitucional, surgido de varias luchas sociales –siendo las más representativas las de Inglaterra, Francia y Estados Unidos y actualmente nutrido por el escenario latinoamericano con respecto al papel del juez constitucional-, impone que el dictar leyes, ya sea por el ejecutivo o por el legislativo, no es garantía de bienestar

¹ Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1982.1982, 248.

² Ossorio Manuel, Diccionario de ciencias jurídica, políticas y sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1999., 821

real del individuo, que existe un marco de garantía general dado por la protección de los derechos que se encuentran en una norma superior llamada Constitución y que pretende la protección del individuo frente a las mayorías, atribuyendo dicha función a un organismo independiente e imparcial, a un juez constitucional.

En el campo de la ciencia política, otro es el escenario. En éste, el actuar de los agentes estatales está inmerso dentro de un sistema político y régimen político definido, que determinan el papel de diversos actores y del mismo Estado y el predominio de un interés especial³. Así, *grosso modo*, podría afirmarse que la política que interesa desarrollar a un Estado Neoliberal sería una política económica, mientras que a un Estado Social de Derecho sería la garantía de bienestar general.

En otros términos, la definición jurídica expuesta omite que la política pública está inmersa en los conceptos de régimen político y sistema político y que los elementos que integran estas dos nociones van a definir el actuar estatal frente a una realidad social, esto es, van a definir qué es una política pública. Así, el régimen político, entendido como el conjunto de instituciones del Estado, la relación entre sí y entre la sociedad, permite determinar por qué el Estado adopta una política pública o la omite.

La contextualización de esta noción de política pública, es necesaria en razón a que algunas veces se juzga el papel de diversos actores en las políticas públicas, partiendo de nociones ajenas al derecho constitucional y a la ciencia política en el marco anteriormente expuesto, censurando su actuar bajo criterios positivistas-legalistas y en el marco eminentemente jurídico.

3. Definido lo anterior, las políticas públicas es la intervención del Estado dominante orientado a resolver situaciones socialmente problemáticas en aras de satisfacer las necesidades de la sociedad, en donde están inmersas dinámicas nacionales y supranacionales, mediante una red decisional donde intervienen diversas autoridades y terceros que tienen sus prioridades y pueden modificar el curso de la política.

En otros términos, *“una política pública existe siempre y cuando instituciones estatales asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar objetivos estimados como deseables o necesarios, por medio de un proceso destinado a cambiar un estado de las cosas percibido como problemático”*⁴. Conforme con lo anterior para identificar una política pública deben concurrir cuatro elementos esenciales: *“implicación del gobierno, percepción de problemas, definición de objetivos y proceso”*⁵.

La política pública es la relación entre el Estado y la sociedad, que implica legitimidad, obligatoriedad, legalidad y universalidad. Una política pública es la capacidad del Estado de gestionar demandas y problemas públicos, que implica la incorporación en una agenda, la toma de

³ Medellín, Pedro, La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad. CEPAL, 2004.

⁴ Roth Deubel, André Noël, Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación, Ediciones Aurora. Sexta Edición, Bogotá, 2007, pp.27.

⁵ *Ibíd.*

decisiones, un programa de acción y formulación de respuestas, en donde no bastan las relaciones de poder, sino también las competencias en términos de saberes y de experiencia técnica y científica⁶.

Oslak⁷, señala que la división clásica de poder en tres debe ser descartada y se usa la clásica dicotomía entre política y administración. Empero esta dicotomía de que la esfera política toma la decisión y la administración ejecuta, es el espejismo formal de una división de funciones dentro del Estado que crea ideología; es una distinción analítica, creada ante la necesidad de las ciencias sociales de explicar el paso entre la decisión y la acción mediante la separación de éstas dos áreas. Las políticas públicas son un fenómeno dinámico que le permite a la administración inmiscuirse en políticas sin interferencia de los políticos.

La política pública en sí misma significa un proceso; en donde el punto de partida resulta siendo la definición de socialmente problemática de una situación cualquiera de la sociedad, definición que la hace relevante y que impulsa a los órganos Estatales a adoptar decisiones y ejecutar acciones que implica la transformación de la problemática inicial, más no su desaparición. La política pública puede servir en ese contexto para bajarle relevancia a una problemática.

Así, la política pública es un conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones en el régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas para resolverlas o hacerlas manejables. La toma de decisión involucra varias instituciones del Estado de manera sucesiva o simultánea; no es sólo la intención sino la materialización de las decisiones en términos de acciones, que debe generar impactos que puedan ser valorados *a posteriori*, para de esta forma determinar la eficacia y la eficiencia de la misma.

La política pública no son leyes ni normas. Empero, en un proceso de política pública, éstas son importantes, al estabilizar decisiones estatales, marcar directrices, caracterizar la acción del Estado, imponer responsabilidades a ciertas instituciones y ser instrumento de focalización. Una política pública necesita de la Constitución, de la ley, de una estructura de la administración eficaz y eficiente, de una coordinación inter burocrática y de la capacidad y de la voluntad política.

Grosso modo, los momentos de las políticas públicas se pueden dividir en su origen, formulación, implementación y evaluación. El origen es cuando un problema social adquiere relevancia por la intervención de los actores y las instituciones estatales lo perciben; la formulación o toma de decisión es cuando ante caminos alternativos de acción por grupos de presión o negociación se toma una decisión. En este aspecto hay una tendencia a que la racionalidad técnica es la base para tomar decisiones, pero lo anterior no excluye el actuar de los grupos de presión. El proceso de ejecución o materialización es volver realidad las decisiones tomadas, en donde se involucra diversas instituciones del Estado y la evaluación es la posibilidad de analizar el impacto de las decisiones, que permitirá, entre otros factores, determinar las opciones de acción a seguir.

⁶ Boussaguet, Laurie, Sophie Jacquot y Pauline Ravinet, Diccionario de Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

⁷ Oslak, Oscar, Políticas Públicas y Régimen Político, Reflexiones Experiencias Latinoamericanas, Estudios CEDES, Vol. 3, N° 2, Buenos Aires.

De esta forma, en la política pública se ven tres componentes. Previsión, decisión y acción. La política pública no es el conjunto de intencionalidades, sino la materialización de éstas, en términos de acción. En la concreción va cambiando la política, pues no siempre como se formula, se implementa, pues se trata de enunciados generales.

La política pública involucra el sistema de poder institucional que es el encargado de tomar decisiones; la administración pública o privada que es la encargada de ejecutar y la sociedad, quien recibe los beneficios o los perjuicios de la misma. La política pública es una herramienta de relación del Estado con la sociedad. En el análisis de políticas públicas, no se concibe a la administración pública como instrumental o sometida al poder público, sino que es entendida como un actor, o un conjunto de actores con autonomía, con sus propios intereses. Se cuestiona de este modo la visión piramidal y se concibe la administración como poliárquica.

4. La política pública implica así un proceso en el que se hace necesario poner en agenda y tomar decisiones. Poner en agenda es cuando unos hechos sociales adquieren el estatus de "*problema público*" y se vuelven objeto de debates y controversias políticas producto de una acción voluntaria de varios actores, que implica la adopción de decisiones y la ejecución de éstas en aras de superarlos.

Definir el problema es un paso en el proceso de política. De su definición va a depender las soluciones, de allí la importancia de la estructuración. Con respecto a la definición del problema existen diversas teorías, una basada en que se encuentra dada por las condiciones objetivas y otra en la percepción de la realidad donde confluyen diferentes factores, y es esta última la que permite definir la solución del problema como buena, legítima o adecuada. Los problemas en políticas públicas son interdependientes, no se trata de un único problema; y son subjetivos, pues el analista los construye y de su construcción va a depender la solución.

Los problemas pueden surgir de la discrepancia entre el ser y el deber ser. Esta diferencia es la que permite definir los objetivos, identificar alternativas y escoger la más eficaz y eficiente y articular una decisión que permita reducir esta distancia. Teniendo en cuenta que en el planteamiento de la solución es importante considerar las limitaciones políticas, económicas, sociales o de organización en toda la estructura Estatal.

Los problemas se vuelven relevantes por el accionar de los actores, hecho que está marcado por los recursos económicos y humanos con los que éstos cuentan, por la voluntad política y por la presión que se logre hacer al poder público o al ente encargado de tomar la decisión. Una buena actuación de los actores genera que esos problemas sean puestos en agenda en la actuación de los poderes públicos. Generalmente un problema se vuelve relevante cuando adquiere proporciones de crisis; cuando adquiere características especiales; cuando provoca una situación emotiva que moviliza la opinión pública; cuando el contexto global lo impone o cuando está acorde con valores de moda, entre otras circunstancias.

Poner en agenda es la percepción de los poderes públicos en un instante concreto sobre lo que se debe resolver, que se materializa en la asignación de presupuesto y en la imposición de funciones.

No se trata sólo de acceder a un programa, sino de mantenerse en él, pues el problema puede perder el estatus de relevancia y desplazarse, o puede expandirse o transformarse⁸. Para que una cuestión reciba la atención de los poderes públicos se necesita determinar el grado de apoyo del tema, el impacto general sobre la cuestión, el impacto sobre la realidad social y la viabilidad de la solución anticipada o previsible.

Según Subitars⁹, en el proceso de formación de la agenda es imprescindible tener en cuenta: a) Los hechos, su importancia, la cantidad de gente afectada, el grado de conciencia; b) La organización de los grupos presentes, esto es, determinar la gente afectada y su organización; c) La problemática de la representación: relación sectores afectados y representación política; d) La estructura decisoria: relación sectores afectados y actores relevantes en el proceso de formación de la agenda; e) La tradición o capacidad de respuesta del sistema al tipo de problemática planteada y f) El liderazgo: proceso de selección de los líderes, su grado de autoridad y su estilo o capacidad de conexión.

7. La decisión, por su parte, es el punto de llegada y el punto de partida de la acción pública. Hay diferentes formas de estabilizar decisiones, la no decisión es también una de ellas. Antes de tomar la decisión se debe determinar si es factible analizar a profundidad el tema, si se hace necesario adoptar una decisión urgente que impida el análisis o si el tema ha sido tan estudiado que ya no lo merece; si el tema es complejo o si se ha llegado a consensos. Si la solución propuesta va a generar cambios, la cantidad de gente afectada, la fortaleza del grupo afectado, si se requiere más inversión y si vale la pena hacerlo¹⁰.

Definido el tema, se concretan las alternativas de solución, en donde se debe anticipar los resultados en la medida de las posibilidades y tener en cuenta el carácter dinámico de los problemas las posibles consecuencias negativas de las acciones a emprender, controlar las que están en curso y determinar los valores que se quieren proteger. Para el establecimiento de estas alternativas se debe tener en cuenta el sistema normativo y soportes técnicos. Definido el problema y prevista su evolución en el futuro, se debe tomar una decisión.

En la decisión se definen objetivos y se fijan vías de acción de acuerdo al futuro deseado. La decisión para algunos es un acto mecánico (escuela elitista o del marxismo), para otros es el producto del fluir de la cooperación y del conflicto entre actores con un grado de poder (Dahl); para otros es necesario un procedimiento formal como garantía ante la arbitrariedad de la relación entre el ciudadano y el Estado y para otros no es un procedimiento sino el cruce de intereses.

8. El fenómeno de la decisión se puede ver desde diferentes perspectivas (Allison¹¹):

⁸ Jones, Charles, An introduction to the study of Public Policy, Ed Duxbury Press, USA, 1970.

⁹ Subitars Joan, Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Citado en Subitars Joan, Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994.

a. En la *sinóptica o racional* el decisor –individuo u organización- actúa con racionalidad estricta, determina objetivos, está al tanto de todos los medios a su alcance, calcula los costos de cada opción y selecciona la opción que maximiza el beneficio a bajo costo. Ese análisis es criticado, porque implica unos poderes infinitos, no tiene en cuenta que el tiempo y los recursos son escasos y el conocimiento no es total.

b. En el modelo de *racionalidad limitada*, parte de los límites físicos y psicológicos del decisor individual. El individuo tiene valores y objetivos pero no dispone de toda la información disponible, de allí que busque establecer las alternativas aprovechables, hasta cuando encuentre una que satisfaga su objetivo. En esta teoría no se define la autonomía y la discrecionalidad de los individuos en el interior de las organizaciones y la opción de que los objetivos de la organización pueden depender de variables culturales o causales.

c. Cuando las decisiones son el *resultado de las presiones* no existe explicación racional, ni global, ni limitada, pues como es el resultado de compromisos, coaliciones y negociaciones entre los actores que se encuentran en situaciones de interdependencia, por tanto con necesidad unos de otros, a pesar de que sustancialmente sus intereses puedan estar en contraste.

d. Con el *incremental* se pretende llegar a un compromiso que concilie intereses presentes y satisfaga la ecuación fines-medios. El decisor tiene poco control de su realidad externa y por tanto poca capacidad de decisión real. Su crítica se basa en la poca operatividad para el desarrollo de decisiones fundamentales o de contenido estratégico¹².

e. La decisión *papelera* se presenta como un suceso producto de la coincidencia casual entre problemas que buscan solución, soluciones que buscan problemas y participantes que buscan problemas para resolver, intereses que satisfacer o alianzas que crear. Plantear una solución por casual que sea su elección puede permitir desbloquear la situación y permitir redefinir el problema en términos manejables. Así la decisión tiene que ver con los actores, si estos varían el tipo de decisiones y el proceso decisional, si hay más actores es más complejo tomar decisiones.

9. Según Majone¹³, la decisión es la visión de un número limitado de actores políticos que tratan de hacer elecciones calculadas entre alternativas claramente definidas. La decisión en políticas públicas es la culminación de un proceso donde intervienen diversos actores y donde no siempre hay reglas con antelación acerca del procedimiento.

El velo de la ignorancia de Rawls es el ejemplo más conocido de utilización filosófica de la teoría de la decisión. Una decisión ya sea que la tome un individuo o un grupo, implica una elección entre dos o más opciones o actos, cada uno de los cuales produce diferente resultado¹⁴, solo en

¹² Lidblom, citado Subitars Joan, *Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994.

¹³ Majone Giandomenico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

¹⁴ Resnik Michael.D. “Elecciones, una introducción a la Teoría de la Decisión”, Editorial Gedisa, Barcelona 1998.

casos excepcionales se tiene certeza de que la decisión adoptada va a generar los resultados esperados, en términos generales lo que se tiene es sólo una probabilidad. Para Dahl, la decisión pública es un compromiso entre múltiples actores interdependientes y para Hunter resulta un poder distribuido en forma de pirámide, concentrado en las manos de un pequeño grupo¹⁵ (Meny y Thoenig).

Rawls parte del supuesto de que la sociedad está dividida naturalmente por personas con concepción del mundo distintas u opuestas entre sí, pero también razonables. El papel es encontrar la forma para organizar la sociedad, para que esas personas vivan tranquilamente y cooperen en temas justos y estatales. El velo de la ignorancia es tratar de abstraer la posición propia en un momento determinado y adquirir una posición ética para que lo que se decida sea también apropiado para el opuesto, por eso la sociedad se forma a través de consensos no por la mayoría.

El decisor elige. Elige sus preferencias, se propone objetivos, se fija valores, selecciona sus ventajas y busca alternativas para responder el problema. El político debe conocer la opinión pública, el político mira a que mercado dirige su discurso. El plus del estado social de derecho es la combinación del bienestar con la democracia y con la libertad.

10. En conclusión, la política pública es un conjunto de acciones que ejecutan diversas instituciones dentro de las cuales debe haber una Estatal, en procura de transformar una situación socialmente problemática ante la vulneración de derechos constitucionales, mediante normas y proyectos que atribuyen obligaciones a diferentes entes institucionales en el marco de sus competencias y que pretenden, mediante su cumplimiento y ejecución transformar la realidad, o en el mejor, e ideal, de los casos superar dicha problemática. La distribución de las competencias de la decisión y la acción no es tan tajante entre el ente político y la administración dentro del ámbito de la administración pública. En las políticas públicas se analiza la diferencia entre el ser y el deber ser para definir así los postulados de acción mediante un proceso de decisión, que en la práctica puede obedecer a varios factores, sin que sea posible de calificar de buenos o malos, o de correctos o incorrectos, adecuados o inadecuados.

1.2 El Actor en las Políticas Públicas

11. Los actores son relevantes en el proceso de las políticas públicas, en razón a que su actuar influye en la conversión de un problema en una situación relevante. Los actores están dados por el régimen político. La política es un campo de conflicto de lucha de intereses, por lo que es importante acudir a una instancia que les dé visibilidad y enunciabilidad mediante una acción voluntaria y organizada encaminada a producir efectos.

El actor debe ser capaz de llevar a cabo una acción estratégica emprendida con la intención de repercutir en el proceso de una política pública específica. La noción de actor tiene dos dimensiones: la contribución del actor en el proceso político y el impacto o influencia de dicha

¹⁵ Dahl, citado en Meny, Yves y Jean-Claude Thoenig, "Las políticas públicas", Barcelona, Ariel, 1992..

contribución en el resultado. Las políticas públicas se transforman, los actores se transforman¹⁶, empero “*en la medida en que los sistemas de governance actuales permiten muchas formas de participación en la toma de decisiones, la definición de actor pierde su precisión y el proceso de las políticas públicas se vuelve más confuso*”¹⁷.

Como hay tantos actores, es difícil determinar el impacto de cada uno de éstos individualmente. Es necesario determinar la interdependencia entre los actores y los recursos que pueden movilizar. El actor como su nombre lo indica necesita de un escenario y una estructura, según Max Weber el actor es igual a una conducta racional que implica el uso exacto y la adopción de medidas para conseguir un fin; Alain Touraine (sociología de la acción) señala que el actor es el que modifica el ambiente material y social y tiene la capacidad para hacerlo; Giddens señala que en el actor su actuación es intencionada así sea inconsciente, reflexiona acerca de ésta y es responsable de la misma; no depende de la intención; la intención es variable y se puede modificar, se trata así de la capacidad del actor de incidir en alguna dirección.

El actor está así relacionado con la idea del poder, de tener instrumentos para materializar la intención. Los actores políticos clásicos son los partidos políticos y los grupos de interés. Los partidos políticos pretenden el control total o parcial de las instituciones mientras que los grupos de interés buscan incidir en las decisiones de políticas públicas para favorecer sus intereses. Un actor nacido en la democracia hace referencia a los mecanismos de participación ciudadana, el ciudadano se conecta a esos mecanismos e incide.

Los partidos políticos son organizaciones permanentes que se transforman para ganar elecciones, así formulan políticas para ganar. Un partido tradicional formula un programa basado en su ideología y luego buscan adeptos, en los partidos modernos se conoce primero que quiere la opinión pública mediante la elaboración de encuestas y con base en ello formulan propuesta, se trata así, de *marketing* político. Para que un actor incida debe tener recursos de poder, posición, intereses, creencias, habilidades y el entorno de oportunidad donde desarrolla la actuación. Los intereses empiezan a ser un recurso de poder. La información también es un recurso de poder, es importante asimismo el conocimiento del proceso decisional y conocer los mecanismos reales de presión de grupo.

Para que un problema se haga relevante, esto es, se vuelva una situación socialmente problemática, los actores utilizan estrategias de presión para convertir su interés particular en un interés general y estrategias de autogestión, esto es, tratar de solucionar el problema con recursos propios.

12. En el escenario de las políticas públicas los actores confrontan proyectos ideológicos y políticos, movilizan y defienden sus intereses, discuten, difunden y ocultan temas, buscan negociar, llegar a conseguir, neutralizar o fortalecer posturas, promueven ciertos tipos de decisión, pone a actuar a intermediarios. El actor no es un atributo de alguien, es una relación, de allí la consideración de Parsons de que, sin situación, no hay actores¹⁸.

¹⁶ Boussaguet, Laurie, Sophie Jacquot y Pauline Ravinet, Diccionario de Políticas Públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

¹⁷ Ibídem.,

¹⁸ Parsons, Wayne. (2007) Las Políticas Públicas. FLACSO. México.

El actor social se define por su posición en la estructura social, participa de las normas, reglas y funciones de los procesos sociales, toma parte en los problemas sociales, así como también en la producción y dirección de la sociedad. La estructura social no se puede reducir a una sola dimensión, por ejemplo solamente a las relaciones de clase. El actor cuenta con recursos muy diversos como riquezas, profesión, poder socio cultural, poder político. Cada actor utiliza estos recursos de diferente manera. La identidad y los proyectos son construidos por el actor y estas representaciones generan prácticas y el actor puede manipular las relaciones de poder en su beneficio¹⁹.

13. El actor debe tener conciencia –reconocerse como parte de algo-; actúa en un sistema social, es decir, en una red constituida de inter acciones, entre actores; debe intervenir en un espacio o apropiarse de una actividad. Las acciones se deben proyectar en el tiempo y sus consecuencias ir más allá del grupo, que los demás los reconozcan como actores, el actor produce situaciones históricas. Un sujeto existe mientras actúe. Un actor para ser tal debe ser reconocido por los otros actores. El actor se define por su rol.

14. El enfoque de derechos en las políticas públicas, implica el empoderamiento de los sectores afectados por las políticas. El enfoque de derechos le otorga un papel activo al ciudadano, pues antes se estigmatizaba al ciudadano como receptor de la asistencia del Estado, ahora el enfoque de derechos implica el empoderamiento de los sectores afectados por las políticas y la aplicación de los principios de igualdad, participación social, universalidad y no discriminación.

15. Así, el actor en políticas públicas tiene un papel especial. Es el encargado de hacer relevante un problema y de que el mismo genere la adopción de una decisión y que la relevancia del problema se mantenga. El actor se moviliza en una red para hacer visible su posición y sus objetivos. Ese es el juego en las políticas públicas, una pugna de intereses, negociaciones y acciones que permitan hacer relevante un problema y la necesidad de su solución o de por lo menos de la atención por parte de las autoridades públicas.

1.3 Las políticas públicas y la argumentación

16. La deliberación pública es importante en el proceso de políticas públicas, esto es, el debate y un racionamiento, no se trata sólo de poder, influencias y negociación.

Así, una de las tendencias en la forma de deliberación de un órgano decisor es la racionalidad instrumental en la toma de decisiones en políticas públicas, en la que se excluye todo el campo de la argumentación, pues se centra la decisión en un único tomador excluyendo los procesos de negociación o persuasión que implican la adopción de decisiones en grupo y la deliberación cuidadosa de los efectos de las decisiones a largo plazo.

¹⁹ Jiménez, Gilberto, Para una teoría del actor en las ciencias sociales. Problemática de la relación entre estructura y agency. en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/crs/article/view/16225>

Por otra parte, la dialéctica es así importante en el proceso de políticas públicas. Según Majone, se debe argumentar para persuadir, independientemente si se usan argumentos buenos o malos. El argumento es la conexión de los datos e información con las conclusiones del estudio que se realicen, como no se pueden verificar se debe recurrir a otros métodos como la credibilidad o la robustez del análisis²⁰. Juegan así elementos del discurso como el grado de credibilidad del analista, sobre todo en asuntos en que hay que tomar una decisión y aún no ha concluido el debate científico del que depende la misma.

17. El analista no demuestra, argumenta. Lo que implica que parte de opiniones, valores o puntos de vista; está dirigido a un auditorio particular; trata de provocar adhesión a la tesis que presenta e incita a la acción. La racionalidad no debe estar dirigida a términos instrumentales sino en términos razonables, aceptables y coherentes para la elección y acción. Majone afirma que los argumentos no son pruebas formales y que no hay un procedimiento único para la construcción del mismo, por lo que se seleccionan de muy diversas formas los datos y las evidencias para que una elección parezca la más apropiada y se convenza a un auditorio en particular²¹.

Algunas veces las políticas son ambiguas, esto es, son vagas e imprecisa, lo que implica que en todo su proceso desde la elección hasta la implementación se vayan incorporando elementos nuevos producto de la interpretación de los operadores, esto es, que queda sujeta a factores externos en su implementación. El análisis de las políticas no puede generar pruebas concluyentes sino sólo argumentos más o menos convincentes, persuadir puede ayudar a incrementar la aceptabilidad de la alternativa propuesta y a actuar con pruebas incompletas. En los problemas de políticas no hay seguridad de que existan soluciones correctas con las que pueda compararse las conclusiones del analista.

18. Empero, a pesar de que existen diversas formas de tomar una decisión, en un contexto de régimen constitucional lo ideal sería la adopción de decisiones con base en un modelo racional dentro de la racionalidad política. En este escenario se propone analizar los postulados que regentan la racionalidad del legislador. Este análisis de racionalidad, no significa que el resultado de este proceso, esto es, la ley sea una política pública –aspecto dilucidado precedentemente-, sino que al constituir uno de los poderes públicos que adopta decisiones en el marco de la estructura estatal, es pertinente su análisis como la culminación de un proceso racional.

Las decisiones legislativas son abiertas, en el sentido, de que no es posible afirmar que tal ley es o era la única posible, sus decisiones se orientan hacia el sistema social y sólo se busca la coherencia de manera residual como si fuera el límite, más no su objetivo cercano. En la argumentación predomina el esquema de la ponderación y adecuación²². Hablar de ilegalidad política, es una contradicción en los términos.

²⁰ Majone Giandomenico, Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

²¹ *Ibidem*.

²² Atienza, Manuel, Argumentación y Constitución en, Fragmentos para una teoría de la Constitución, Biblioteca Jurídica Básica Iustel, Madrid, 2007.

19. De este modo, la forma de tomar las decisiones en políticas públicas puede obedecer a diferentes criterios en el que no siempre impera el racional. En todo caso, el tipo de argumentación racional en este contexto debe obedecer a la órbita política en el que se desenvuelve el órgano de decisión de las políticas públicas. La racionalidad está dada en el marco de una negociación que pretende articular intereses. La racionalidad se mira en el contexto en el que le toca argumentar.

1.4 Las políticas públicas y su evaluación²³

20. La evaluación de una política pública es el aporte a la decisión, y es necesaria en el escenario donde la legitimidad de la acción estatal está basada en los objetivos y los resultados de la acción conseguidos, más que en el cumplimiento de procedimientos y expedición de leyes. Es necesaria para resolver problemas complejos y para tener una información pertinente que proporcione un grado de certeza para la adopción de la próxima decisión y tener consciencia de las decisiones tomadas y acciones ejecutadas precedentemente.

La evaluación se ocupa de *“recolectar, verificar e interpretar la información sobre la ejecución y eficacia de las políticas y programas públicos”* con base en unos valores, normas y percepciones que se determinan en la misma evaluación, esto es, no existe un criterio estándar de valoración, sino que los mismos son dados por el evaluador de acuerdo con las circunstancias mismas en que se ejecuta el análisis, esto es, generalmente de los valores y percepciones del solicitante de la evaluación, los cuales deben quedar enunciados con la mayor claridad posible, para evitar calificativos de arbitrariedad y permitir la aceptación del análisis por parte de los otros actores.

Así, la evaluación tiene tres perspectivas: cognitiva, porque aporta conocimiento; instrumental, porque hace parte de un proceso de acciones y normativa, porque interpreta a partir de valores. Elementos que van a permitir, dentro de las varias alternativas, escoger la mejor, sin escapar del contexto político y del involucramiento de los actores.

El análisis de una política pública se puede efectuar antes, durante o después de su puesta en ejecución. La primera ayuda a determinar la eficacia, la previsibilidad de su impacto en la solución del problema determinado y el impacto en otras políticas. La segunda permite controlar los procedimientos propuestos y permitir la detección de problemas para realizar los ajustes a tiempo, monitoreando las actividades de implementación como los insumos, el cronograma, las realizaciones y los resultados. En este escenario tal vez los costos sean muy altos, pero es necesario cuando la política es incierta. El tercero, busca solamente obtener las enseñanzas para decisiones futuras.

Todo ejercicio de evaluación debe tener unos objetivos que alcanzar, pues de su finalidad va a depender el objeto a evaluar, al igual que el modo de evaluar. Se evalúan recursos, habilidades, personas, métodos empleados, productos o consecuencias de la actividad en particular. Así, existen

²³ Roth Deubel, André Noel, Políticas Públicas, Formulación, implementación y evaluación, Ediciones Aurora, Bogotá, 2007, pp. 135-166.

niveles de evaluación: evaluación de medios, de resultados, de nivel de impacto, eficacia y satisfacción.

El evaluador de políticas no puede reemplazar el debate político y la responsabilidad de los actores políticos, debe ser independiente frente a los solicitantes, tener capacidad pluridisciplinar, tener acceso a la información de forma transparente y garantizar la publicidad.

1.5 Conclusiones

21. Con base en lo presentado, es posible concluir que el escenario de una política pública está enmarcado dentro del contexto de la política y del régimen y sistema político en el que se está incurso. De este modo, para efecto de su análisis de ha de tener en cuenta el objeto de la constitución de un determinado Estado, en razón a que dista los objetivos y las acciones públicas de un Estado que procura el bienestar de su individuo de otro cuyo centro de acción es la economía. La política pública busca dar respuesta a demandas, más no la solución de un problema determinado, por cuanto el mismo, debido a la acción estatal, se transforma convirtiéndose en un nuevo problema y requiriendo de nuevas acciones.

En el escenario de la construcción de la política pública, los actores influyen en diferentes momentos y de diversas maneras, el objetivo del actor y su capacidad de influencia en el proceso de adopción de una decisión final es lo que lo determina como tal.

En las políticas públicas el decisor, que puede ser individual o grupal, no adopta su posición conociendo totalmente la problemática y los resultados certeros de las alternativas dispuestas para superarla. Hay un margen de probabilidad que constituye el riesgo del decisor y para adoptar una decisión se hace necesario un proceso de argumentación, enfocado más a la persuasión que a la comprobación. En donde el *criterio de corrección* lo determina precisamente el *deber ser*, al que se pretende llegar. Este postulado del deber ser, es que asimismo va a permitir identificar la existencia de un problema y las alternativas de solución.

La política pública es un proceso. No es sólo una institución la que adopta una decisión, se trata de una red decisional. El juez, en este escenario, sería un actor y su papel no se censura en el marco de las políticas públicas. Ahora en el marco de un régimen político qué implicaciones tiene, es lo que se va a analizar en el próximo capítulo. El juez es sólo un actor, no es el determinante de toda la acción, pues así no funcionan las políticas, porque ni siquiera la administración que es la primera llamada a hacerlo puede centralizar este trabajo.

Capítulo 2: El papel del juez constitucional en las políticas públicas

2.1 La Constitución Política como punto de partida del juez constitucional

22. La estructura normativa de la Constitución Política está basada en principios²⁴, lo que implica un ejercicio analítico para determinar su campo de aplicación. Dicho ejercicio analítico se hace indispensable para efectos de reducir los niveles de discrecionalidad y para efectos de ejercer un control sobre su operador, pues sólo conociendo los motivos que justifican una decisión, se pueden controvertir.

Los principios son mandatos de optimización, esto es, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”²⁵. Su estructura dista de las reglas en donde de forma determinada está el supuesto de hecho y la respectiva consecuencia jurídica. El alcance de los principios es dado por el operador judicial en la medida en que resuelve casos concretos, por medio de los cuales fija unas subreglas, previa la ponderación de principios en juego y la prevalencia de uno en particular.

Los principios están dados con un lenguaje, que por su naturaleza tiende a la ambigüedad y a la vaguedad, y cuya estructura no los limita en contenido. Así, el tener derecho a una vida digna, no sólo implica la vaguedad de la noción de derecho, de vida, y de digna, sino también de todo el conjunto de la frase en un contexto determinado. La misma estructura amplia de los principios, permite que los conceptos sean dinámicos y que por ende se adapten al contexto en donde son aplicados. Así, lo que en Colombia es considerado vida digna, no es lo mismo en la India, o lo que era vida digna hace 50 años. Los principios tienen así un amplio margen que permite llenarlos de contenidos.

²⁴ Lo anterior dista del sistema legal, en el que la estructura normativa se basa en reglas, en donde está claramente delimitado un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, y en donde en algunas ocasiones la vaguedad y ambigüedad del lenguaje puede presentar una dificultad en su aplicación para el momento de subsumir la premisa fáctica o jurídica al respectivo supuesto de hecho o a la consecuencia jurídica. En donde la filosofía imperante se centraba en el positivismo.

²⁵ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

El juez constitucional se enfrenta a todo este panorama: a palabras y frases ambiguas y a contextos dinámicos; su deber es entonces dotar de contenido las normas y hacerlas efectivas, mediante un ejercicio argumentativo que dé cuenta de sus razones y permita un control por parte de la sociedad, que es a la que finalmente van dirigida las normas y el postulado de bienestar.

En segundo lugar, se ha de indicar que la Constitución Política reconoce una serie de derechos y en correspondencia con éstos un sujeto obligado a su satisfacción, esto es, el Estado. Si bien no está explícita una prestación definida como sería *“Juan tiene el derecho a que se le suministre sin interrupción un tratamiento médico para su artritis hasta tanto sienta mejoría”*, si existe en términos generales que *“toda persona tiene el derecho a la salud”*, correspondiéndole a las autoridades estatales en el marco de sus funciones propender por su satisfacción. Ahora, ¿A qué autoridades nos referimos?, la respuesta podría enmarcarse que bajo el principio de separación de poderes a cada una de las ramas del poder público tradicionalmente definidas (legislativa, ejecutiva y judicial) en el marco de sus competencias.

El juez está llamado a aplicar las normas y aún más, el juez constitucional con la función adicional de garantizar la efectividad de los derechos de rango fundamental. El marco de reconocimiento de derechos ante un juez antes del surgimiento de la justicia constitucional, era ocasionado previa relación de tipo legal o contractual entre dos sujetos entre los cuales podría estar el Estado. Ahora, el debate es más amplio, y bajo el imperativo de que las autoridades deben propender por garantizar los derechos, es posible pedir su cumplimiento sin necesidad de una relación concreta, entendida como una ley específica o contrato, sino bajo el ropaje de la obligación general del Estado de garantizarlos.

En otros términos, *“los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente ‘en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés’, (...) los derechos no consistían en una sustancia, sino en una simple forma jurídica, la forma de la ley. La garantía de los derechos se reducía a la reserva de la ley”*²⁶.

Pero para los derechos la garantía de seguridad e igualdad del parlamento no era suficiente, pues no había garantía frente a la posibilidad de que la propia ley previera y consintiera su negación, los derechos fundamentales inmersos en la Constitución Política es la garantía para evitar la arbitrariedad de quien dicta las leyes, tanto en el plano sustantivo como procesal. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Los derechos son así un límite para el legislador, cuya máxima expresión está en la facultad de que sus normas sean declaradas inconstitucionales. En este escenario, *‘los órganos judiciales están a veces obligados a aplicar directamente las normas constitucionales sobre derechos fundamentales; y ello bien porque no hay alguna en la materia, bien porque habiéndola, la ley deja margen para diferentes interpretaciones’*²⁷.

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Editorial Trotta, 1997, Segunda Edición.

²⁷ Díez-Picazo, Luis Marfá, Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 73.

23. Empero, el crear límites al legislador, no implica la atribución desmedida de poderes al juez. El juez constitucional al momento de efectuar la interpretación de las normas constitucionales e imponer con ello conductas a otros organismos estatales en el marco de su competencia, debe adoptar decisiones que estén fundamentadas y controladas racional y normativamente. El juez constitucional, es quien tiene la última palabra en discusiones jurídicas en una democracia constitucional, por lo que se hace necesario reducir los márgenes de discrecionalidad.

En el Estado constitucional cualquier órgano estatal es un órgano limitado, no basta aludir a la autoridad y a ciertos procedimientos, sino que se debe controlar sus contenidos, de allí que se haya incrementado la tarea justificativa, lo que supone el sometimiento a la fuerza de la razón, la motivación es la garantía de la impugnación, y es una forma de controlar democráticamente el poder del juez.

Argumentar es dar razones a favor o en contra de una tesis que se pretende sostener o refutar. Se trata de resolver un problema, mediante un intercambio de razones a través del lenguaje y renunciar al uso de la fuerza para su resolución²⁸. La argumentación jurídica es un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar decisiones, se trata de mostrar razones de las que se permita derivar que la decisión adoptada es aceptable.

Las decisiones judiciales a diferencia de las decisiones legales, tiene que elegir entre dos opciones y debe obtener una única respuesta correcta; sus criterios de corrección son internos al derecho, está en un sistema jurídico donde se debe procurar la coherencia, generalmente la argumentación es clasificatoria o subjuntiva y esporádicamente obedece a una ponderación y la adecuación. Debe haber una pretensión de corrección y respetar las reglas de juego, en este caso, las reglas de discurso²⁹.

La argumentación se basa en tres concepciones: a) la concepción formal considera la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, pues se abstrae el contenido de las premisas y los criterios de corrección se basan en general en las reglas de inferencia. Bajo esta consideración, la lógica formal hace parte de la argumentación, es una herramienta necesaria más no suficiente para el desarrollo de la misma.; b) en la concepción material lo esencial es determinar que hace a los enunciados verdaderos o falsos, se trata de justificar precisamente el contenido de las premisas y c) la concepción pragmática considera la argumentación como un tipo de actividad dirigida a lograr la persuasión de un auditorio o para llegar a un acuerdo. Dentro de esta última concepción se puede distinguir dos enfoques uno es la retórica que pretende persuadir al auditorio y otro es el de la dialéctica, en donde se asume un rol dinámico.

24. Lo propio de las constituciones contemporáneas es que atraviesan tensiones normativas permanentes y profundas, inescindibles a una sociedad pluralista, pero como las constituciones son un pacto de convivencia que requiere un consenso, esta es también la finalidad a la cual debe dirigirse la actuación del juez constitucional.

²⁸ Atienza, Manuel, El derecho como argumentación Editorial Ariel, Barcelona, 2007.

²⁹ Atienza Manuel, Argumentación y Constitución en Fragmentos para una teoría de la Constitución, Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2007, pp.114.

A manera de conclusión, la Constitución actualmente implica la declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes³⁰. Determinado este contexto, es factible concluir que existan resoluciones judiciales en las que se ordene el establecimiento de acciones para la satisfacción de un derecho. Lo anterior bajo la idea de que *“la existencia de un derecho, no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se le describa; lo que sucede, más bien es que cuando existe un derecho éste es también justiciable”*³¹.

2.2 Noción de derecho y deber

25. De este modo, la Constitución Política, *grosso modo*, establece los derechos a favor de las personas que están en la nación y los deberes a cargo del Estado dentro de la cláusula general de protección, que en la teoría contractualista del Estado, se deriva precisamente de ese pacto social que es el tránsito del estado de naturaleza a un estado civil.

26. Con base en lo anterior, se ha de indicar de manera inicial que el derecho puede ser entendido como *“una facultad, autorización o pretensión que determina la conducta del otro”*³² o *“una conducta propia, jurídicamente autorizada y protegida”*³³.

Estas nociones de derecho implican el *“deber negativo de los demás de no realizar ninguno de los actos que pueda perturbarla o negarla”*³⁴, es el derecho, en términos de Nino, *“el correlato de una obligación pasiva, es pues el correlato de una deber de no hacer de omitir”*³⁵. Así, si yo tengo derecho a la libertad de circulación, éste correlativamente impone el deber jurídico al otro de no restringir el derecho, mi derecho es de este modo el deber jurídico de otro.

27. De estos derechos subjetivos como correlatos de obligaciones pasivas, Kelsen distingue dos grupos: los relativos y los absolutos. Los derechos relativos son los que se correlacionan con el deber de una persona determinada, los absolutos son reflejo de una obligación de todas las demás personas.

De este modo, cuando se trata de un derecho innato no es necesaria la voluntad para su protección, ya que pertenece a la esfera personal y para su protección el Estado actúa de oficio, es un derecho absoluto, exigible como deber a todos.

Cuando la protección se da en virtud de una intervención propia del sujeto del derecho, el derecho subjetivo ya no es sólo el reverso de un deber sino también una *pretensión* de respeto a la esfera

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Alexy, Robert, Derechos sociales fundamentales, en Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

³² Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, p. 195 a 209. En estas páginas el autor compila varias interpretaciones de otros autores frente a las variables de la noción de derecho.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

personal. Así, cuando se afirma *yo tengo derecho a que me pague*, es decir, tengo el derecho a que el otro cumpla su deber, tengo la *facultad* de exigir una conducta del otro pero para ello es necesario poner en marcha todo el aparato judicial. Este derecho, según Nino, es el correlato de una *obligación activa* en donde la conducta obligatoria tiene como destinatario a una cierta persona, así *por ejemplo, yo estoy obligado a pagar el alquiler al dueño de la casa. En tales casos, la misma relación jurídica puede ser descrita poniendo el acento en la situación del beneficiario del deber jurídico, en vez de centrarnos en las situaciones del sujeto obligado. En estos casos describimos la relación jurídica en términos de derecho en lugar de hacerlo usando la expresión deber, sin embargo se refiere a la misma situación*³⁶.

Aquí, el derecho subjetivo es un correlato del deber, de esta forma Kelsen afirma que, “*la expresión derecho subjetivo, denota, a diferencia de lo que sostienen los ius naturalistas, ninguna situación distinta de la mencionada por la palabra deber*”³⁷.

Y en términos de Recasens *strictu sensu*, derecho subjetivo, *es aquella situación en que una persona se halla en una relación jurídica, en virtud de la cual se le atribuye por la norma la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico. En este sentido se dice que una persona tiene un derecho subjetivo sensu strictu o una pretensión, cuando el último grado de actualización de un deber jurídico de otra persona está a disposición de la persona titular o activa*³⁸.

Dice, en sentido técnico –formal “*un deber jurídico de otra persona da lugar a un derecho subjetivo o pretensión por mi parte sólo en tanto en cuanto que la exigibilidad del deber es colocada a mi disposición por el precepto, (...) cuando el precepto jurídico se establece que para que el Estado realice contra el obligado un cierto acto coactivo, se precisa una determinación mía*”, por la posibilidad de exigirlo, no necesariamente porque efectivamente se ejecute, es pues cuando tiene la posibilidad de impetrar la imposición coercitiva contra el obligado.

La obligación de que un derecho determine la conducta de otro es descrita por Recasens en los siguientes términos “*la norma jurídica –autárquica, de imposición inexorable, coercitiva- regula o coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto –pretensor- la capacidad normativa de determinar en otro sujeto –obligado- o en varios un determinado comportamiento. Así el derecho subjetivo es la cualidad que la norma le atribuye a ciertas situaciones de unas personas, consistente en la posibilidad de determinar jurídicamente –por imposición coercitiva- el deber de una especial conducta en otra y otras personas*”³⁹.

En igual sentido afirma Guastini, atribuir un derecho genera una obligación de hacer o no hacer, es decir, crea obligaciones a otro y limita su libertad. Atribuir es diferente a garantizar, para garantizar el derecho debe tener un contenido preciso, para ser reivindicado frente a otro de forma precisa, porque si hay un deber determinado, hay un deber que supone un comportamiento

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Recaséns Siches, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, 6ta. Edic. Edit. Porrúa S.A. México, 1981.

³⁹ *Ibíd.*

determinado. Así el derecho y el deber están determinados previamente por un precepto jurídico, una norma.

El derecho fundamental tiene la característica esencial de tener mecanismos para su ejecutabilidad mediante instrumentos directos para su protección. El derecho fundamental generalmente tiene una eficacia vertical en el sentido de que se exige la garantía de su protección al Estado tanto por omisión como por acción. Respecto de la eficacia horizontal es posible solicitar la protección de los derechos fundamentales al Estado respecto de particulares, bajo la concepción de que el Estado debe garantizar todos los derechos.

El carácter fundamental de los derechos fue producto de una evolución desde la perspectiva jurídica institucional. Así superada la categoría de persona y estando en desarrollo la positivización y de la mano de teóricos como Locke se concretó la subjetivización de los derechos, lo cual como su nombre lo indica permitió atribuir a cada individuo una serie de derechos a su favor con la potestad de hacerlos cumplir. Esta subjetivización, se expresó en términos históricos con la proclamación de diversas *cartas* que les reconocía derechos al ciudadano y le permitían el ejercicio de los mismos. Cartas que fueron producto de las principales revoluciones constitucionales (inglesa, francesa y estadounidense), las cuales con la pretensión de instituir mecanismos para limitar el poder del gobernante -teoría clásica liberal- permitió la primera expresión de un derecho fundamental (Carta Magna, la Petición de Derecho, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración de Independencia de Estados Unidos).

Otra manifestación jurídica institucional de la evolución de los derechos fundamentales, es la consagración de los derechos sociales, económicos y culturales, cuya caracterización de fundamentales en algunos contextos todavía es cuestionable respecto de su real aplicación. El principal problema de su aplicación es la universalización. La positivización de estos derechos fue producto de un movimiento obrero en búsqueda de mejores condiciones o de niveles de vida adecuados para de esta forma desarrollar los derechos políticos.

Los argumentos para indicar que los derechos sociales, económicos y culturales no son fundamentales se limitan a indicar que los mismos no son universales, que son particulares de cierto tipo de sujetos; que nacen en determinadas relaciones; que no son definitivos; que requieren de la medición de instituciones públicas y que son caros. Razones éstas que sirven de fundamento para que algunos autores los consideren excluidos del carácter de justiciables.

Empero similar característica se puede atribuir a los derechos civiles y políticos, por cuanto por ejemplo a) el derecho a la propiedad no todos los individuos lo poseen, es situacional y por ende no es universal, de este modo la ausencia de universalidad no es sólo una característica de los derechos sociales, económicos y culturales; b) el derecho a la seguridad jurídica no es definitivo, pues éste puede resultar desconocido por un ulterior desarrollo institucional; lo mismo que el derecho a la vida, en el que el Estado tiene el deber de proveer de posibilidades para garantizarlo; c) todos los derechos implican un costo, que sea diferente es un aspecto distinto. Existen así derechos individuales que pueden ser caros, como por ejemplo el hecho de tener seguridad implica mantener una Fuerza Armada y Militar lo que implica así mismo un costo que es asumido por el bien público y no por cada titular. Así, todos los derechos requieren de acciones normativas y fácticas para ser desarrollados y por ello no dejan de ser justiciables.

Así, la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales se trata de una diferencia de grado, pues ambos implican obligaciones de hacer y no hacer⁴⁰.

28. Acerca de la noción de deber jurídico, se ha dicho que *“es la obligación moral, producida por un precepto de derecho, de cumplirlo”*, el deber como un ligamen establecido por la norma.

El deber nace de una norma independientemente de su contenido, se trata entonces de un ligamen establecido por la norma jurídica. El deber así entendido como obligaciones derivadas de la legislación jurídica.

En términos históricos:

“la afirmación de que los deberes jurídicos derivan de la existencia de una norma jurídica que los establece, empezó a tomar cuerpo en el origen de la crisis del ius naturalismo a finales del siglo XVIII y de consolidar a partir del siglo XIX cuando los deberes se incorporan al derecho positivo, especialmente al nivel superior, paralelos a los derechos fundamentales, lo hacen desde posiciones moderada que pretenden limitar los efectos de los derechos como levadura revolucionaria.

Ya en la voz ‘súbdito’ de la enciclopedia se dividen los deberes en generales y particulares derivados del estado y situación del súbdito. Puesto que todos los súbditos tienen en común que están sometidos a un mismo soberano y gobierno, de esas relaciones derivan los deberes generales. Quizás en esta identificación se encuentra la raíz del concepto deberes fundamentales, como aquellos que derivan de la relación del súbdito con el poder soberano. Posteriormente los deberes fundamentales no serán sólo del súbdito, sino que con el sometimiento del gobernante al derecho y con la aparición del estado social, se podrá hablar también de deberes fundamentales de los poderes públicos.

“...en esta primera ocasión en que se positivizan los deberes se hace al servicio de una sociedad que desconfía de la libertad y de la soberanía popular, que defiende los intereses de los propietarios y como contrapeso de una declaración de derechos debilitada en relación con 1789, (...) pero los deberes fundamentales se incorporarán también a la cultura jurídica de los textos más progresistas (...) es importante que los deberes se planteen como deberes recíprocos de los ciudadanos respecto de la República y de la República respecto de los ciudadanos”⁴¹.

⁴⁰ Abramovich Victor y Christian Courtis, Los derechos sociales, como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2002.

⁴¹ Peces Barba Martínez, Gregorio, *Los deberes fundamentales*. En: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8073/1/Deberes_Peces_D_1987.pdf

Según Hart para identificar un deber jurídico de la existencia de normas que permiten fundar la obligación y consiguientemente enjuiciar el comportamiento del obligado, es necesario considerar que:

- 1) *Para que la norma imponga obligaciones debe existir una exigencia general a favor de la conformidad y ésta ser insistente y la presión social respecto a las actitudes desviantes debe ser grande;*
- 2) *Es preciso que la norma sea considerada importante y necesaria para la preservación de la vida en sociedad;*
- 3) *Es normal que la conducta exigida por el deber, aunque sea beneficiosa para otros, pueda implicar sacrificio y renuncia para el titular del deber;*
- 4) *La norma debe otorgar competencia para la exigencia del cumplimiento del deber a los poderes públicos (derecho penal) o dejar a un particular que pueda optar entre exigir o no el cumplimiento (derecho civil);*
- 5) *En un sistema jurídico moderno los deberes jurídicos necesitan junto a las normas que los recogen (normas primarias) otro tipo de normas que establecen la competencia para determinar si se ha transgredido una norma primaria y para aplicar en su caso una sanción”⁴².*

De lo anterior se deriva que la existencia del deber y su posibilidad de exigencia, está inescindiblemente ligada a la noción de eficacia del derecho. Sumado a lo anterior, es relevante señalar la necesidad de existencia de todo un andamiaje para hacer cumplir un deber, esto es, el marco normativo, procedimental y competencial.

Un deber fundamental jurídico es aquel que se refiere a las dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional. Así *“a diferencia de los derechos fundamentales cuya raíz ética previa es evidente, los deberes fundamentales son, en ocasiones, consecuencia de la convención y del ejercicio del poder soberano, titular de la producción normativa. El deber es importante para la supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí”⁴³.*

29. Los deberes en cabeza del Estado cuando se ha solicitado la protección de un derecho fundamental, pueden establecer: obligaciones, permisiones o prohibiciones. Se trata de determinar la responsabilidad Estatal y el deber de actuar frente a determinadas circunstancias, para lo cual es necesario conocer el sentido y alcance de las obligaciones en derechos humanos⁴⁴.

Así, existen *obligación de respeto, garantía y adopción de medidas*, en donde existe un deber con un contenido obligacional específico, en la que se permite delimitar la conducta estatal. Dentro de éstas, las obligaciones de respeto implican abstenerse de obstaculizar el ejercicio de derechos, de

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Uprimny Rodrigo, Inés Margarita Uprimny y Oscar parra, *Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Universidad Nacional de Colombia, 2006, unidad 5.

no interferir en el ámbito privado de las personas, por medio de acciones arbitrarias; las obligaciones de garantía buscan la satisfacción de un derecho, que implica que todo el aparato gubernamental sea capaz de asegurar el ejercicio de los mismos, impidiendo que terceros interfirieran en el ejercicio de los derechos humanos y obligando a los Estados a adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales o cualquier otra para hacer efectivo los derechos humanos y la obligación de adopción de medidas para la satisfacción de los derechos que implica tanto medidas administrativas, como judiciales y legislativas.

Por otra parte, existen obligaciones que se deben cumplir con efecto inmediato o con efecto progresivo. Así, las primeras implican que pueden ser exigidas en cualquier momento y las segundas implican la obligación de mejorar de forma explícita, eficaz y progresivamente la protección de los derechos que supone una gradualidad. Esta última obligación implica asimismo la prohibición de regresividad.

La obligación de garantizar el contenido esencial de los derechos implica, como su nombre lo indica, el garantizar lo mínimo, lo esencial de cualquier derecho fundamental. La obligación de medio dista de la obligación de resultado, pues mientras que la primera se analiza las acciones adelantadas por el Estado para la satisfacción de un derecho, en las segundas se evalúa si efectivamente se satisfizo el derecho.

30. De este modo, todo derecho tiene como correlato un deber. Cuando el derecho se ejercita es una pretensión personal, en el que la norma le atribuye la facultad de exigir y hacer respetar su derecho. Empero, una cosa es la posibilidad de exigirlo y otra es que efectivamente se cumpla el deber; para algunos autores como Hart esta eficacia hace parte de la existencia misma del deber. El deber se le exige al Estado Soberano, que hoy es entendido como todos los poderes públicos y en el marco del régimen constitucional donde existe la noción de derecho fundamental, también existe la noción de un deber fundamental.

2.3 La validez de las decisiones judiciales

31. En este contexto de existencia de derechos y deberes fundamentales y de la facultad de exigir su cumplimiento partiendo además que se trata de palabras con textura abierta, se presenta ahora los postulados acerca de la validez de las decisiones judiciales adoptadas en este escenario.

32. La justificación acerca de la validez de las decisiones judiciales, se da en el contexto de una norma establecida por el constituyente, válida en virtud de la ficción de que fue producto de consensos, de discursos basados en la igualdad de sus interventores, de un pluralismo y de un procedimiento democrático basado en la voluntad general y no en la imposición por parte de las mayorías. Dicha norma ahora está sujeta a su aplicación y a la delimitación de su contenido por parte de una autoridad no elegida democráticamente y sujeta al imperio de la ley y de la Constitución, elementos jurídicos que en su aplicación, el mismo juez los delimita basándose en su propia autoridad.

33. Así, ante la pregunta *¿Qué justifica la validez de las decisiones judiciales?*, se responde a manera de hipótesis que las decisiones judiciales son válidas porque 1) obedecen a criterios formales de carácter procedimental, esto es, que son producto de una autoridad previamente determinada por una norma que finalmente está sustentada en una norma fundamental y 2) su contenido constituye el desarrollo de lo que la norma indica mediante un proceso de argumentación regido bajo la pretensión de corrección.

34. La validez entendida como la obligatoriedad o fuerza vinculante de las normas, en este caso de las decisiones judiciales, ha sido objeto de estudio dentro de la teoría y la filosofía del derecho.

El marco de estudio de la validez de las decisiones judiciales está en tres teorías dominantes el *iusnaturalismo*, el *positivismo* y el *realismo*. En el *iusnaturalismo* la decisión judicial responde a una tradición y la noción de justicia queda anclada al contexto; en lo que respecta al *positivismo* la decisión judicial obedece a un procedimiento y la noción de justicia está atada a la idea de seguridad jurídica; y dentro de la teoría del *realismo* la decisión judicial obedece a factores extrajurídicos y la noción de justicia está atada a la idea de discrecionalidad judicial.

Para Nino⁴⁵, la expresión *validez* de una norma es ambigua, ya que puede significar que 1) una norma existe, 2) que es una razón para justificar una acción o decisión, 3) que existe una norma anterior que declara que su aplicación u observancia es obligatoria, 4) una norma ha autorizado el dictado de otra norma, 5) una norma pertenece a un cierto sistema jurídico o que 6) la norma tiene vigencia o eficacia, esto es que es generalmente observada y aplicada.

35. Desde la filosofía tradicional, pre moderna, del *ius naturalismo*, se señaló el *bien* como la idea paradigmática que cubre todo y que está inserta en un único contexto. La norma en este contexto resulta válida desde que esté de acuerdo con el *ethos* del pueblo, del individuo y de la comunidad. Lo que a su vez desecha cualquier tipo de conflicto, como quiera que lo que va a pretender es mantener las características de la sociedad en la que se vive.

A esa noción neutra de bien, Aristóteles la va a llenar de contenido, atribuyendo esta acepción a cada sociedad, de allí que se caracterice el bien como el *bien común*. Este bien común se encuentra dirigido por la teoría de las virtudes dada por la *eticidad* que implica la cohesión del tejido social. De este modo, el juez falla de acuerdo a la justicia que está guiada por la idea de equidad y de darle a cada cual lo que se merece, y preservar la comunidad determinada de donde se deriva la noción de bien común.

Desde el *iusnaturalismo* moderno se ha de resaltar que la filosofía del derecho de Hobbes plantea que *“el derecho positivo depende del natural, no en cuanto a su contenido sino en cuanto a su validez. La obligación de obedecer al soberano es una obligación derivada de la ley natural, con carácter moral. En el sistema jurídico de Hobbes, el derecho natural constituye la fuente de las*

⁴⁵ Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003.pág. 132.

*normas primarias y el derecho positivo las derivadas. Las leyes del derecho natural no se convierten en leyes hasta que existe el Estado y el poder soberano obliga a obedecerlas*⁴⁶.

Así, la validez “*reside en la interpretación adecuada que el soberano hace de las leyes naturales fundamentales y que la legitimidad del régimen legal no depende del capricho del Estado, es decir, de la ley positiva, sino de la concordancia de los actos jurídicos con los derechos inalienables del asociado*”⁴⁷.

Por su parte Locke establece que los factores de legitimidad quedan subsumidos totalmente a la legalidad de los procedimientos, se reduce así, a la legitimidad procedimental, tanto la legitimidad como la eficacia del sistema.

Rousseau bajo la noción de voluntad general, que implica el consenso entre mayorías y minorías, hace referencia a una sociedad política basada en los procedimientos jurídico-políticos del sistema.

Kant le da el énfasis a la moral, en la medida en que la idea de derecho y política se deriva de los presupuestos de universalidad, autonomía y libertad determinado por el derecho y Hegel establece que el estado subsume la dimensión jurídica y la dimensión política para determinar el ethos que lo origina y le confiere razón, si el derecho respeta el ethos y la identidad de las comunidades entonces hay validez de éste. En Kant “*la justificación moral, en términos de universalidad, autonomía y libertad, fija los límites de la validez del derecho y de la legitimidad del contrato social: el derecho tiene que preservar la frontera infranqueable de las libertades subjetivas y la política tiene que asumir el consenso universal como idea normativa de su realización*”⁴⁸.

En Hegel⁴⁹ la validez queda enraizada a la preservación del *ethos* en la medida en que se respete sus formas y la identidad de las comunidades, mediante el espíritu objetivo, que es cuando el hombre toma conciencia social acerca de su eticidad, su cultura y su moralidad, el hombre se convierte en un espíritu verdadero, autoalineado y autocerciorado respectivamente, es decir, se llega de este modo a “*la moral realizada (...) que es la reconciliación del individuo con la sociedad. El paso se efectúa, necesariamente, puesto que el sujeto obra en medio del mundo histórico, entre sus semejantes y no en el reflejo de su propia interioridad*”⁵⁰.

⁴⁶ Mejía Quintana Oscar, La Filosofía Política de John Rawls: de la teoría de la justicia a liberalismo político. De la tradición analítica a la tradición radical filosófico-política en “La filosofía política de John Rawls” [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Mejía Quintana Oscar, Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en Revista Pensamiento Jurídico (No. 16), Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, (UNC), 2006, pp.171-206.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Jean Michel Palmier, La Filosofía del Derecho en Hegel, México, F.C.E., 1997, Pág.93.

36. En el campo del positivismo, la norma fundamental de Kelsen se caracteriza⁵¹ por ser *necesaria*, por cuanto el cumplimiento de la constitución supone en el participante su aceptación; *posible*, pese a que no puede ser identificada conforme al orden social y a su eficacia, en tanto hechos empíricamente registrables no pueden identificar plenamente al derecho y *neutral*, pues no se identifica con ningún valor moral.

Kelsen caracteriza el sistema de normas en el sentido de que este existe y tienen validez siempre y cuando todas las normas puedan remitir a una y misma norma básica; esta norma básica sólo prevé de validez el sistema no del contenido de las normas que constituyen el sistema⁵². La norma fundamental es una norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico.

Para Kelsen la validez de la norma fundamental tenía un contenido neutral, esto es, no se contradice con ningún valor moral, no es fruto de la voluntad y no tiene ningún contenido material, de allí que la validez de las normas que de ésta se derivara obedece sólo a un criterio procedimental y cuya obediencia se basa en la amenaza de la coacción y no en el reconocimiento de la autoridad. Empero, Kelsen en su texto *Teoría Pura del Derecho* en 1960 reconoce al juez su poder de creador del derecho frente a los casos de injusticia extrema que había presenciada durante el genocidio nazi y de esta forma su noción de norma fundamental es llenada de contenido, bajo la afirmación de que “*un deber tiene que ser el correlato de un querer*”⁵³.

Según Nino⁵⁴ el concepto de validez de Kelsen “*parece estar asociado con la idea de la fuerza obligatoria del derecho*”, como quiera que éste “*sostiene que una norma válida es una prescripción ‘objetiva’ o ‘verdadera’, que debe ser obedecida a diferencia de un mandato que es un mero acto de voluntad subjetivo*” y que el deber de obedecer la primera constitución surge de la norma fundamental presupuesta que se constituye cuando la Constitución en cuestión es eficaz, es decir, cuando de hecho es obedecida, de allí que se infiera en Kelsen que la norma fundamental haga referencia a una pauta moral implícitamente aceptada por el jurista pero que ello no implica un compromiso substantivo por parte de los juristas.

Así, Kelsen no sólo se sujetó a un concepto descriptivo de la validez del derecho, sino que también siguiendo la interpretación que de él ejecuta Joseph Raz tomó como noción de validez un concepto normativo, que implica que el contenido de una norma válida constituye el *debe ser* de lo que se dispone, presuponiendo ello una hipótesis que implica la aceptación no categórica, sino hipotética por parte de los juristas. Las normas para Kelsen son válidas en “*tanto y en cuanto pertenecen a un sistema jurídico válido o existente*”⁵⁵ y ello es así, porque una norma pertenece al sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenece al mismo sistema jurídico.

⁵¹ Mejía Quintana Oscar, *La Norma Básica como problema iusfilosofico, tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación*, en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias tercer congreso nacional), Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2006, pág. 195-268.

⁵² Kelsen Hans, *El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica en Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa 1997 (1960) Pág.202, 205.

⁵³ Citado en Mejía Quintana Oscar, *La Norma Básica...* pág.9.

⁵⁴ Nino Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, pág. 327.

⁵⁵ Nino, Carlos Santiago, Pág. 95.

Hans Kelsen en su teoría pura del derecho⁵⁶, concluye que la expresión de fuentes del derecho es utilizada para hacer referencia a i) la razón de validez de las normas, así la norma superior es fuente de la inmediata norma inferior, ii) a la forma de creación de la norma, esto es, la ley, la jurisprudencia y la costumbre, iii) la forma de manifestación de las normas, Constitución, ley, decretos y al iv) conjunto de pautas compuestos por valoraciones, principios morales, doctrina que determina la voluntad del legislador y da contenido a la norma jurídica

Para Hart la validez está centrada en la *regla de reconocimiento* caracterizada ésta por el paso del mundo jurídico al pre jurídico. El carácter empírico de la regla de reconocimiento se basa en que ésta es la expresión del *punto de vista interno* de un sistema jurídico, es decir, la validez de la norma jurídica se atiende a la práctica⁵⁷ de la misma y por ende se encuentra encarnada en los operadores jurídicos del sistema. Sin embargo, Hart se remite a un *derecho mínimo natural* y establece que las normas jurídicas deben adecuarse a este derecho a fin de ser socialmente reconocidas y subsumidas, pues de no ser así carecerían de justificación moral, elemento indispensable para ser consideradas como válidas, es un elemento extra sistémico de corrección moral para lograr un sistema jurídico íntegro.

La regla de reconocimiento para Hart corresponde al punto de vista interno, aspecto que no satisface ni su legitimidad, ni su eficacia, como quiera que ello responde al análisis a efectuar desde el punto de vista externo. Para Hart la validez y el contenido de la regla de reconocimiento implica cuestiones empíricas y deduce *“la aceptación de la regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Su validez se deriva de su existencia como criterio de práctica jurídica”*⁵⁸. Para Hart la validez está en el punto de vista interno de aplicación por parte de los jueces y funcionarios operadores de la regla de reconocimiento.

La aceptación de la regla de reconocimiento permite la incursión de criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de la obligación⁵⁹, la regla de reconocimiento no es definida por las autoridades, sino que es usada por éstas.

Ahora bien, Carl Schmit con su teoría del decisionismo desarrolló la última postura de Kelsen en la cadena de validez. Así mediante el ejemplo, con el cual se pretende dar respuesta a la validez de una sentencia penal Kelsen realiza el siguiente análisis:

“A la pregunta acerca de porque está norma individual es válida como parte de un sistema jurídico determinado, la respuesta es: porque ha sido creada de acuerdo con una ley penal. Esta ley recibe, a su vez, la validez de la Constitución, ya que ha sido establecida por el órgano competente que la Constitución establece. Si preguntamos por qué la Constitución es válida, quizá nos remitamos a otra Constitución más antigua. Finalmente llegamos a una cierta Constitución que fue la primera, desde el punto de vista

⁵⁶ Esta interpretación de Kelsen está expuesta en Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 1999, pág. 445-446.

⁵⁷ Citado en Mejía Quintana pág. 11

⁵⁸ Mejía Quintana Oscar, La Norma Básica ...

⁵⁹ H.L.A. Hart, Regla de Reconocimiento y Validez Jurídica en El Concepto de Derecho, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 125, 127.

histórico, pero que fue establecida por un usurpador o por una asamblea... ”⁶⁰.

Shmitt considera que la validez autónoma de la ley, esto es, independiente de las cosas, es relativamente pequeña⁶¹, así para ser fiel al pensamiento normativista así mismo ha de referirse sólo a normas y a su validez. Este decisionismo del caudillo, que estaba por encima del bien y del mal, pues era el soberano y el decisor de todo, implicó que la justicia se doblegara y se llegara a afirmar por parte de un juez alemán, en el régimen nazi, que “[e]l trabajo de un juez no debería (ser) restringido por (...) principios de seguridad jurídica formalista y abstracta, lo que es mas, (los jueces) deberían hallar líneas claras y, cada vez que fuese necesario, sus límites a través de opiniones jurídicas del pueblo que han encontrado su expresión en la ley y que han sido incorporadas por el Fuhrer”⁶².

Para Carl Schmit “la decisión del soberano desborda, en un momento dado, la necesidad de legitimación democrática de la sociedad y el derecho positivo” y “sin dejar de serlo, es la expresión de un orden concreto”, esto es, se considera que el contenido de la norma fundamental es político, el pueblo es el encarnado por el presidente, no por el parlamento. Para Schimt la validez no procede de la norma fundamental, sino que procede de la decisión política para declarar al enemigo.

Surge con Parsons y Lhuman la teoría de la *validez autorreferencial*. En Parsons la validez del derecho definida funcionalmente y “el reconocimiento que tiene que hacer de unos medios de control, con estatus cuasi-sistémico, para garantizar la funcionalidad de la totalidad de subsistemas sociales y del sistema social en general, pone de presente la debilidad de la pretensión de validez jurídica funcional predicada por este”⁶³.

Ahora, según Luhman, validez autopoietica, “una teoría jurídica de carácter sistémico debe enfrentar, más que el problema de la funcionalidad, el de la reducción de complejidad de los sistemas sociales”⁶⁴, lo que significa a su vez “que la validez del derecho depende de un proceso de decisión socialmente controlable, el cual reduce las posibilidades a una medida valida organizada y efectuada explícitamente a través de las normas permitiendo así una reducción más eficaz de la complejidad social”⁶⁵.

El proceso de reducción de complejidad del sistema jurídico, se logra según Teubner, mediante el concepto de validez autorreferencial. Así, “el derecho como sistema autopoietico supone un proceso que Teubner descompone en ocho momentos, a saber: 1º, momento de la autoobservación, es decir, la operativización de procesos sistémicos; 2º, la autodescripción, en tanto cristalización

⁶⁰ Citado en Nino, Carlos Santiago, Pág. 114.

⁶¹ Schmitt Carl, Distinción de los modos de pensar de la ciencia jurídica, en Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencias Jurídica, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 14.

⁶² Citado en Muller Ingo, Los Juristas del Horror, la Justicia de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás, Traducido del alemán por Carlos Armando Figueredo, publicado originalmente en 1987, Inversiones Rosa Mística Limitada, 2009, pág.8.

⁶³ Mejía Quintana Oscar, La Norma Básica.

⁶⁴ Mejía Quintana Oscar, La Norma Básica.

⁶⁵ Mejía Quintana Oscar, La Norma Básica.

de procesos jurídicos; 3º, la autoorganización en cuanto edificación de estructuras sistémicas propias; y, 4º, la autorregulación como variante dinámica de la anterior. Para Teubner, los cuatro momentos anteriores corresponden a lo que en Hart son las reglas primarias, las reglas secundarias y, especialmente el momento de la autoorganización, el de la regla de reconocimiento⁶⁶.

37. Así dentro de la teoría del *consenso político y constitucional*, cuyo máximo exponente es John Rawls⁶⁷. Rawls propone la noción de consenso para superar el contractualismo y toma de Kant la justicia como equidad. Señala que a fin de superar el estado de naturaleza se deben concertar unos principios de justicia para regular las instituciones sociales, los cuales van a ser el contenido de la norma fundamental concertados al interior de un congreso constituyente realizado entre personas libres e iguales deliberativamente, esta característica es la que le da la validez al derecho.

Según Rawls, el papel de la justicia es lograr que las instituciones sean justas. El consenso no es un acuerdo no se trata de una mayoría, sino que supone un ideal regulativo de universalidad. Se trata de realizar un consenso de mínimos no de máximos.

38. Dentro de la teoría de la *interpretación y de la argumentación jurídica*, Dworkin⁶⁸, a fin de superar la discrecionalidad judicial que se deriva de la aplicación de las concepciones naturalistas y positivistas y que degenera en inseguridad jurídica, propone que el derecho tiene respuestas correctas y que éstas se sustentan en el peso que se da a los principios y que tienen su origen en una jerarquía previamente determinada. Lo correcto de este modo se constituye en que las decisiones deben ser justas para todos y no buenas para algunos, ya que ello degenera en una inseguridad jurídica.

Alexy propone un triádico concepto de validez del derecho⁶⁹, basado en una noción *sociológica*, que implica que la norma vale si es obedecida; *ética* que se constituye cuando está moralmente justificada y se basa en su justificación moral y *jurídica* que incluye las anteriores pero supone también que la norma sea dictada por órgano competente y según el procedimiento previsto.

Así, dentro del postulado de Alexy se ha de determinar que un criterio fundamental es el relacionado con la *corrección* del sistema, noción que como vimos anteriormente con Aristóteles,

⁶⁶ Gunter Teubner, “La nouvelle auto-referentialité » en *Le Droit : un Systeme Autopoiétique*, Paris : PUF, 1993, pp. 25-42, citado por Mejía Quintana Oscar, *La Norma Básica como problema iusfilosofico, tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación*, en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias tercer congreso nacional)*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2006, pág. 195-268.

⁶⁷ Rawls John, *Ideas Fundamentales, en la Justicia como equidad: Una Reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pp.23-68.

⁶⁸ Dworkin Ronald, *El modelo de las normas*, en *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Gedisa, 1992, pp.61-101.

⁶⁹ Robert Alexy, “La norma fundamental” en *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 95-130, citado en Mejía Quintana Oscar, *La Norma Básica como problema iusfilosofico, tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación*, en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias tercer congreso nacional)*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2006, pág. 195-268.

en ese entonces bajo la noción de equidad, implica que las normas aisladas pierdan validez cuando su contenido es extremadamente injusto o afectado el *ethos* de la comunidad⁷⁰.

La pretensión de corrección en el derecho implica necesariamente una pretensión de justicia, y está basada en una conexión necesaria entre derecho y moral. Para determinar que es lo correcto se debe acudir a la razón, pero no cualquier razón, sino, teniendo como base la corrección normativa, se debe partir de una razón práctica.

Desde la perspectiva metodológica o de la teoría de la argumentación, la pretensión de corrección crea una conexión necesaria de derecho y moral, la “justicia es la corrección con respecto a la distribución y al equilibrio, y el derecho en todas sus ramificaciones, no puede prescindir de la distribución y el equilibrio. Las preguntas sobre la justicia son preguntas morales. Si el derecho realiza distribuciones o equilibrios incorrectos, comete por ello una falla moral. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión formulada por el derecho es, sin embargo, una falla jurídica”⁷¹, de este modo, “la pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en deficiencia jurídica”.

Aduce que los discursos prácticos racionales resultan posibles, éstos se explican a través de un sistema de reglas y de formas de argumentación. De este modo interpreta la razón como argumentación, ello implica una procedimentalización que no excluye todo contenido normativo. Así, “*el núcleo de su concepción está formado por la teoría del discurso: una proposición normativa es correcta, está justificada, si es el resultado de un procedimiento, el procedimiento limitado por las reglas del discurso, que se compone tanto de reglas semánticas (referidas a las proposiciones) como pragmáticas (referidas al comportamiento del hablante)*”⁷².

Habermas⁷³ propone una validez sistémica y social, esto es, que el derecho debe garantizar la integración de sistemas sociales complejos y la participación de diferentes estilos de vida. Habermas parte del consenso moral como un principio discursivo y caracteriza el principio democrático como consenso más legalidad, esto es, política más derecho, este último entendido como procedimiento. Del principio democrático se desprenden los derechos fundamentales a fin de preservar las libertades individuales, garantizar el debido proceso como miembros de una comunidad política. La pretensión de validez de las leyes debe entenderse como la pretensión de conjugar el bien común con los intereses y con los principios universales de justicia⁷⁴.

⁷⁰ Alexy Robert, Interpretación jurídica y discurso racional en Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp.35-61.

⁷¹ Alexy Robert, Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la Crítica de Bulygin, en La pretensión de corrección del derecho, No. 18 Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág.115

⁷² Atienza, Manuel. “El derecho como argumentación”. Editorial Ariel, Barcelona, 2007. Pág. 282.

⁷³ Habermas Jürgen, Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia en Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998, pp. 263-280.

⁷⁴ Publicado en Oscar Mejía Quintana, "Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa" en Andrés Hernández (comp), Republicanism Contemporáneo, Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, 2002, pág. 12.

Así, la validez material implica seguir unos principios que permite evaluar si el contenido material de la disposición es efectivamente válido, de allí que el fundamento jurídico, requiera de un fundamento último y absoluto que esté por encima de los vaivenes humanos y de las luchas ideológicas de los partidos para lo cual es necesario que exista por lo menos un consenso de mínimos que constituyan principios y que sean acatados bajo nociones de imparcialidad e independencia, esto es, bajo la perspectiva en términos de Rawls, del manto de la ignorancia que implica el impartir justicia para todos por igual.

39. Finalmente, se ha de tener en cuenta que una discusión aislada del concepto de validez y de fuentes del derecho implica una visión parcial de todo lo que comprende la teoría y la filosofía del derecho, como quiera que unido a estos conceptos, esta por ejemplo la noción de obediencia a las leyes y desobediencia civil, nociones con carga argumentativa muy fuerte que nos remite a los postulados por llamarlo así del *iusnaturalismo* y nos aleja del positivismo clásico que pretendía que por el sólo hecho de emanar de una autoridad un imperativo, éste debía ser acatado.

Asimismo, se ha de considerar que la noción de eficacia y de legitimidad, son nociones enraizadas con la apreciación personal de un acto, ya sea para su obediencia, ejecución o reconocimiento. Y sobre todo esta discusión nos remite al contenido de la norma fundamental, de la norma básica, de la cúspide la cual se deriva todo el sistema y desde la cual se valora si los actos del mismo son acordes con sus postulados o no, postulados que en un principio Kelsen creía vacíos de contenido pero al que luego le asignó un contenido valorativo, que nos remite de nuevo al derecho natural, a lo que deber ser una sociedad, esto es, a los principios, por ejemplo, propuestos por Kant y posteriormente por Rawls, principios que constituyen el deber ser de una sociedad para satisfacer así la voluntad general por encima de la voluntad mayoritaria.

Es necesario así en términos de Alexy unos criterios de corrección que definan el ideal de sociedad y que estén en continua reformulación mediante el consenso entre mayorías y minorías de un mínimo. La ausencia en el criterio de corrección podría, como en efecto ocurrió, desembocar en lo que se conoce como la justicia de Hitler.

40. De este modo la validez de un derecho implica no sólo en lo jurídico, sino también en lo político y en lo social. Siguiendo Zagrebelsky⁷⁵ el derecho natural enfatizó en que hay principios universales que deben informar al derecho positivo y que en lo que respecta a los juicios de constitucionalidad, los cuales mutando mutandis, se pueden aplicar al papel decisorio que asume el competente para emitir la ley, que el consenso sería una certificación de legitimidad y de fundamentación de cada una de las decisiones.

La fe en la ley no se debe justificar por el cumplimiento de un procedimiento, sino porque ésta es el producto de un pacto de los interesados que satisfizo las condiciones imparcialidad y de universalidad, condiciones que deben impregnar no sólo en el origen de la norma, sino también el campo de su aplicación, esto es, que la validez del derecho se remite a un pacto político.

⁷⁵ Zagrebelsky Gustavo, *Jueces Constitucionales en Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta – UNAM, Madrid, 2007, pág. 91 y ss.

De este modo podemos concluir, siguiendo la recopilación de Eduardo García onoci⁷⁶, que la validez de las normas del derecho dependen i) del valor intrínseco de lo prescrito en el ámbito del derecho justo o natural; ii) de ciertos elementos de orden extrínseco relativos a la forma de creación de cada precepto, en el ámbito del formal, en donde los elementos extrínsecos, hacen referencia a la autoridad política que declara obligatorio un conjunto de normas imperativo-atribuidas, o de iii) la validez intrínseca, formal o social en el marco del derecho positivo.

41. Tenemos así dos aspectos. El juez constitucional parte de la Constitución como el objeto de la interpretación, partiendo de que se trata de un texto abierto, dinámico y que debe adaptarse a la sociedad; el juez constitucional se enfrenta a ello y propone como solución una argumentación que analiza diversos factores y de este modo ejerce un control sobre su función.

En este contexto, el papel del juez constitucional es precisamente dotar de contenidos estas normas, lo que implica necesariamente un proceso político cuyo control no está en el de cumplir los postulados de la norma que aplica, por cuanto no se trata de una regla, sino de dotar de contenidos que estén en consonancia con el marco constitucional integrado por los derechos y los principios fundamentales de un Estado Social de Derecho mediante un ejercicio argumentativo que dé cuenta de sus razones y abra la posibilidad de un control, no institucional, sino por parte de toda la sociedad quien es el sujeto que finalmente fundó la Constitución.

42. Así, si se quiere que el juez constitucional limite su actividad no se debe centrar tanto en el debate en la actitud del juez sino en el objeto que él analiza, esto es la Constitución, pues jueces siempre habrán dentro de la estructura de un estado de derecho y posiciones diferentes respecto del alcance de la constitución también. Pero como la Constitución no se puede cambiar bajo estas premisas, pues dejaría de ser lo que es y se convertiría en otro tipo de norma, se pasará entonces a analizar el papel del juez constitucional, quien es evidentemente un juez político.

2.4 Justificación del papel activo y pasivo del juez constitucional

43. La relación entre la política y los jueces constitucionales se ha enmarcado en el debate donde relucen tópicos relacionados con la definición misma de Constitución, la justiciabilidad de los derechos, el activismo judicial y la magistratura democrática. Transversal a estos lugares comunes está el alcance de las facultades del juez constitucional en el marco de la separación de poderes como un principio de la organización estatal.

En este contexto el juez constitucional tiene dos opciones y ambas opciones son producto de una decisión política, o asume un papel activo o un papel pasivo. Y se parte de esta noción, por cuanto analiza un texto eminentemente político (Constitución Política) escrito en un lenguaje abierto que da lugar necesariamente a diversas interpretaciones. Decir que no es un juez político y continuar con el ropaje que alguna vez se pretendió que usara, siendo solamente la boca de la ley, no solo desnaturaliza su esencia, sino que se evita uno de los debates más necesarios en el constitucionalismo, que es precisamente el control sobre el juez constitucional.

⁷⁶ García Maynez Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Abogados Asociados Editores, Medellín, 1990, Pág. 7, 37, 44.

44. De este modo se ha de reconocer que el juez constitucional es un juez político, solo en este escenario es permitido ejercer un control sobre las posiciones que se adopten, omitir esta característica es crear un ropaje para que sus decisiones no fueran evaluadas bajo este visor, y su censura se centrara solo en que ha excedido sus competencias y evitar así el debate de cómo ha de ser su intervención en política. Así, solo cuando se asuma este debate, se logrará un mayor control al juez constitucional⁷⁷, pues así sea un juez independiente sus fallos tiene un contenido político y su dinámica no está asilada de la sociedad⁷⁸.

Ahora bien, antes de hacer referencia a los argumentos a favor y en contra del papel activo del juez, es necesario determinar que se entiende, precisamente, por ese activismo judicial. Para el ámbito latinoamericano Christian Curtis ha adaptado los ejes de análisis formulados por Bradley Canon- estadounidense- y ha propuesto unos elementos para determinar cuando se considera que un tribunal está ejerciendo un papel activo⁷⁹. A continuación se expone un cuadro representativo de dicha transición:

Bradley C. Canon		Elemento diferenciador que permite la adaptación.	Christian Curtis	
Ejes propuestos	Contenido de los ejes		Transformación del contenido de los ejes	Adaptación de los ejes propuestos
<i>Carácter Mayoritario</i>	Si se revocan por los jueces decisiones proferidas a través de procedimientos democráticos.	Las democracias en América Latina no se caracterizan por ser representativas.	No sólo se puede referir a la contestación hacia actos de poderes mayoritarios, sino hacia actos de otros poderes públicos.	<i>Confirmación o contestación de los actos de otros poderes.</i>
<i>Estabilidad Interpretativa</i>	El grado en que se modifican las decisiones adoptadas previamente. En otros términos, respeto al precedente.			<i>Estabilidad interpretativa.</i>
<i>Fidelidad interpretativa</i>	Si se interpreta con base en el contenido natural del lenguaje o en el sentido contrario a sus autores.	Es difícil de aplicar cuando no es claro el significado del lenguaje de la norma, ni la intención de los	Cuando adopta decisiones que no están sustentadas en un referente normativo identificable	<i>Fidelidad interpretativa.</i>

⁷⁷ Gargarella Roberto. La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Editorial Ariel, Barcelona 1996, pp. 48-172.

⁷⁸ Pérez Murcia, Luis Eduardo, “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas” en Los Derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, Dejusticia, pp. 73-129, 2007.

⁷⁹ Curtis Christian, Ecos Cercanos. Estudios sobre derechos humanos y Justicia, Siglo del Hombre Editores, 2009, Bogotá, pp- 407-445.

		autores.		
<i>Contenido de una política y reglas de procedimiento democrático</i>	Se trata de determinar si el juez elabora la política de manera sustantiva o preserva las reglas del procedimiento democrático.	Estas tres posiciones, afirma el autor, tienen un <i>parecido de familia</i> . Esta primera noción tiene un mayor peso en el	El procedimiento no se limita a las reglas del procedimiento democrático, sino todo tipo de procedimiento legal que cualquier autoridad está obligada a seguir.	<i>Formulación del tribunal por una decisión política de fondo: decisión sobre el contenido/ decisión sobre el procedimiento.</i>
<i>Especificidad de la política establecida</i>	El grado en que el juez detalla la política o si la deja a la discrecionalidad de los organismos gubernamentales.	contexto estadounidense, donde la Constitución tiene un contenido sustantivo estrecho.	Cuando se especifica en detalle una política a pesar de existir autoridades alternativas que podrían haber llevado a cabo la regulación.	
<i>Existencia de una autoridad reguladora alternativa</i>	La autoridad judicial reemplaza otro organismo gubernamental.			
			Cuando se flexibilizan las normas procesales para efectos de conocer casos que poseen cierto interés se está ante un papel activo del juez. El uso de argumentos formales para la auto restricción judicial.	<i>Apego de los Tribunales a las normas procesales</i>

Con base en dicho análisis, se concluye que hay activismo judicial cuando menor es la confirmación de los actos de los otros poderes, la estabilidad y fidelidad interpretativa, la restricción de las decisiones a cuestiones del procedimiento y el apego a las vinculaciones procesales. Empero se ha de tener en cuenta que en la práctica judicial no es común encontrar un ejemplo que cumpla con la satisfacción de todos estos requisitos de manera absoluta, sino que se trata de una cuestión de grado que se debe analizar.

Además, el mismo autor considera necesario dejar en claro, que el papel activista no quiere decir que sea progresista, este último calificativo se obtiene analizando los valores intrínsecos al momento de adoptar una decisión, y que, en todo caso, el actuar judicial necesita del accionar

precedente de un ciudadano o de un grupo de ciudadanos, esto es, de la presentación de un litigio en el que se delimite el caso a analizar⁸⁰.

2.4.1 La argumentación a favor del papel activo del juez constitucional

45. Los argumentos a favor se basa en que el actuar del juez constitucional beneficia la democracia, protege los derechos fundamentales y garantiza el estado social de derecho. Aquí no se tiene en cuenta las consecuencias de las decisiones, solo se quiere fallar en derecho y contribuir al debate democrático, confiándose así más en el activismo judicial que en las instancias políticas⁸¹, esta facultad se justifica por el carácter valorativo de la Constitución que impone un conjunto de valores y una carta de derechos que actúan como límite a las decisiones del poder político.

En términos de Zagrebelsky⁸² a la magistratura en el Estado Constitucional, le corresponde una labor de intermediación entre el Estado (poder político-legislativo) y la sociedad (cuando plantea pretensiones con fundamento en los principios constitucionales). En este escenario el juez debe ser fiel a ambos grupos, pero a la vez debe ser autónomo de los mismos. Los jueces no son depositarios de conocimientos solamente técnico-jurídicos, pues al estar inmersos en un contexto constitucional le corresponde garantizar su cumplimiento y responder a las expectativas que de éste ha puesto la sociedad. Los jueces no son los *señores* del derecho, como lo fue en su momento el ente legislativo, es el *“garante de la complejidad estructural del derecho en el estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia”*.

El juez constitucional es así un actor político, pues sus decisiones, precisamente, se enmarcan en dicho campo, empero la decisión del juez no parte de la conciencia o la voluntad de entrar en este escenario, sino que la coyuntura hace que este hecho se dé por sí sólo⁸³. En otros términos, *“aún cuando el juez constitucional es formalmente independiente, no debe olvidarse que sus fallos no carecen de contenido político y que ese juez no está aislado de la dinámica política de su sociedad y de su profesión”*⁸⁴.

⁸⁰ Existe diversa doctrina que desarrolla el ámbito del litigio estratégico. Una definición de litigio estratégico *“también llamado litigio de impacto, involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios mayúsculos en la sociedad. Quien inicia un litigio estratégico busca utilizar la ley como un medio para dejar huella, más que simplemente ganar el caso en particular. Esto significa que en los casos de litigio estratégico hay una preocupación por el efecto que el caso tendrá en otros segmentos de la población y el gobierno, adicionalmente al efecto del resultado del caso para el interesado”*; Guía sobre litigio estratégico, Child Rights International Network. Texto que se puede encontrar en: http://www.crin.org/docs/litigio_estrat%C3%A9gico.pdf.

⁸¹ Franco Mongua, Javier Francisco, Análisis Crítico del Impacto Económico de la Justicia Constitucional en Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2011 pp. 112..

⁸² Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Editorial Trotta, 1997, Segunda Edición.

⁸³ Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús, El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia, Bogotá, Colecciones textos de jurisprudencia, 2009.

⁸⁴ Pérez Murcia, Luis Eduardo, “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas” en Los Derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, Dejusticia, pp. 73-129, 2007.

46. Dworkin está de acuerdo con el activismo judicial y entre las premisas que sustentan su posición se encuentran las siguientes:

a) La democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco insisten en que no la tengan; b) Democracia: su objetivo es que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto. La concepción constitucional requiere de estos procedimientos mayoritarios como resultado de su consideración por el status igual de los ciudadanos y no por estar comprometida con la regla de la mayoría; c) Cuando las instituciones mayoritarias provean la condición de igualdad de status para todos los ciudadanos, el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos. Pero cuando no las proveen o respetan lo suficiente entonces no pueden objetarse en nombre de la democracia otros procedimientos que protegen mejor esas condiciones; d) La interpretación constitucional como estrategia moralizante, es decir, lectura moral de la constitución. El texto constitucional es inherentemente incierto y controvertido; e) Los jueces razonan, las legislaturas deliberan. Los jueces miran los principios. Los cuales se refieren a derechos individuales, y se caracterizan por ser individualizables y divisibles por igual. Miran los principios en razón de condiciones estructurales: i) los jueces están *obligados* a resolver los reclamos que se le plantean; ii) los jueces justifican sus decisiones con base en el *texto constitucional* que incluye principios; y iii) el cargo goza de numerosas garantías institucionales (mandato vitalicio, remoción por juicio político, intangibilidad de los salarios) que les vuelven menos vulnerables a múltiples presiones o coacciones; f) El Congreso estudia los objetos sociales colectivos. Estos se caracterizan por ser de tipo agregativo, ya que toma a los individuos en su conjunto y no separadamente (seguridad pública, desarrollo económico, bienestar general); g) Es más probable que los jueces razonen con arreglo a principios a que negocien o se muevan por intereses egoístas; h) La revisión judicial es un procedimiento que protege mejor las condiciones democráticas de igual status entre personas; i) –La deliberación política puede ser de alta calidad, pero muy a menudo no lo es. El proceso mayoritario favorece compromisos que subordinan importantes cuestiones de principio⁸⁵.

47. El tema de las relaciones entre las ramas del poder público, se centra en el problema de la distribución de competencias respecto de la administración de justicia y el legislador democrático. Al ejecutivo lo vigila el legislativo y el judicial, pero está excluida la inversión de esta relación. El legislativo no vigila sí el órgano judicial cuando aplica la ley aplica las razones que hacen parte de lo que la motivó⁸⁶.

Respecto de la relación de las ramas del poder público y la defensa de la Constitución, Kelsen⁸⁷ afirmó: *“como precisamente en los casos más importantes de vulneración de la Constitución el parlamento y el gobierno son partidos en pugna, lo recomendable para dirimir esta disputa es recurrir a una tercera instancia que esté fuera de esa oposición y que de ningún modo esté implicada ella misma en el ejercicio de poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre el parlamento y el gobierno. Y por esta instancia se va a obtener cierto poder y ello es inevitable,*

⁸⁵ Linares, Sebastián. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Poin, Barcelona, 2008.

⁸⁶ Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 311-361.

⁸⁷ Kelsen, Hans. Quien debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1999.

pero es mejor dotar a otro de poder que reforzar uno de los dos principales portadores de poder". Para otros autores⁸⁸ la fórmula de la separación de poderes no es simple, pues los poderes en diferentes niveles crean, aplican e interpretan el derecho.

En conclusión, el compromiso con los derechos no está en tensión con el compromiso con la democracia, porque la noción de democracia incluye derechos y los procedimientos de toma de decisiones deben desembocar con mayor probabilidad en la protección de los mismos. Un sistema de gobierno con revisión judicial protege mejor los derechos de las personas que un sistema de supremacía parlamentaria porque los jueces están mejor situados que el legislador para razonar conforme a principios.

2.4.2 La argumentación en contra del papel activo del juez constitucional

48. La base de los argumentos en contra del papel activo del juez se centra en que excede sus competencias. En efecto, entre los que proponen los argumentos en contra se encuentra Waldron quien parte del supuesto de que existe una legislatura representativa que funciona razonablemente bien, cuyos miembros son elegidos por el pueblo; al igual que un conjunto de instituciones judiciales razonablemente bien ordenadas, cuyos miembros no son elegidos por el pueblo. El cuerpo deliberativo está acostumbrado a tratar cuestiones de principio y que dividen políticamente a la sociedad y se asume que existen partidos políticos que canalizan las distintas demandas y visiones enfrentadas sobre la política.

En algunos eventos los partidos políticos formulan políticas para ganar elecciones, más que ganar elecciones para formular políticas. Una visión reduccionista de los partidos políticos indica que están para la competencia electoral.

49. Para Waldron, los miembros de la sociedad están comprometidos con la idea de los derechos individuales y consideran que las minorías tienen derecho a algún grado de reconocimiento, apoyo y protección, independientemente del poder político o económico que ostenten. Además, los desacuerdos entre derechos no es materia exclusiva de la interpretación jurídica, sino que da lugar a cuestiones prácticas y morales importantes con significación en la vida de las personas. Más aún, estos desacuerdos no pertenecen a la idiosincrasia de las sociedades en las que aparecen. Antes bien, definen elecciones cruciales que cualquier sociedad ha de enfrentar, elecciones que son entendidas en el contexto del debate moral y político existente, tales como si resulta moralmente correcto autorizar la pena de muerte, reconocer el derecho al aborto, la eutanasia, las acciones de discriminación positiva, los matrimonios homosexuales, o permitir la financiación privada sin límites de las campañas electorales, por nombrar sólo algunos temas de álgida controversia⁸⁹.

50. Los conflictos entre derechos no se resuelven, pero se debe proveer una base para la acción colectiva, ésta es necesaria, se trata de fijar un curso de acción para la sociedad. Se debe demostrar que los jueces siempre razonan con bases en principios y no se mueven por intereses egoístas y que

⁸⁸ Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, Princenton: University Press, 2002..

⁸⁹ Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Poin, Barcelona, 2008.

lo hacen mejor que las legislaturas. Ninguna de las dos cosas es una verdad incontrovertible. Dado que los jueces están preocupados por su legitimidad para resolver estas cuestiones en nombre de todos, se sujeta obsesivamente al texto y a los precedentes en vez de discutir las razones morales que son el centro de las controversias políticas. El texto constitucional tiene principios y objetivos sociales colectivos que también son obligatorios para el juez⁹⁰.

51. Asimismo, entre los argumentos para ir en contra del papel activo del juez, está en que el juez constitucional no tienen que hacer todo el trabajo que los otros órganos de poder, a su concepto, no hacen adecuadamente, pues permitir ello implicaría una concentración indebida de poderes lo que contraría un principio fundamental del Estado democrático, el de separación de poderes⁹¹. Además, las políticas son competencia exclusiva de los órganos políticos quienes están legitimados por ostentar cargos de elección popular, la voluntad general del pueblo está expresada a través de sus representantes⁹².

Como respuesta a la desconfianza del activismo judicial, se confía más en las instancias de decisión política. Los ideales del juez son irrealizables y a veces perjudiciales⁹³, pues bajo esa tendencia sería insostenible un Estado Social de Derecho y se llegaría a consecuencias como limitar el accionar del poder judicial. Para garantizar los derechos sociales, económicos y culturales se requiere de mayor tributación, pues éstos a diferencia de los civiles y políticos cuyo consumo no es rival ni excluyente, solo benefician a los titulares y sus beneficios no son captados por quien los ofrece. La asignación de estos derechos debe estar a cargo de instancias políticas y no de jueces ya que requiere de la debida planificación y un conocimiento técnico y determinación de preferencias.

52. Quienes rechazan esta intervención, basan sus críticas desde una lectura liberal del esquema clásico de la división de poderes⁹⁴, por lo que se remiten a los argumentos generales expuestos, entre otros, por Jeremy Waldron. En otros términos los argumentos en contra de la Constitución viviente se centran *“en los peligros de la jurisprudencia creativa, hecha posible por la interpretación evolutiva. Separarse de los orígenes –se dice- significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politización; la politización es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende la separación de poderes haciendo daño al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, mina la legitimidad de la justicia constitucional”*⁹⁵.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Franco Mongua, Javier Francisco, Análisis Crítico del Impacto Económico de la Justicia Constitucional en Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2011 pp. 112..

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Nuñez, Antonio, Manifiesto por una justicia constitucional responsable, Bogotá, Legis, 2005.

⁹⁴ Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 311-361

⁹⁵ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Editorial Trotta, 1997, Segunda Edición.

2.5 Influencia del juez constitucional en las políticas públicas

53. El juez constitucional y en especial el juez de tutela debe propender por la satisfacción de derechos, donde el obligado en términos generales es el Estado. En esta relación no existen unas obligaciones concretas como las que se derivarían de cualquier contrato civil. La obligación principal es la que el Estado por medio de todas sus instituciones debe procurar la satisfacción de derechos de rango fundamental. Lo anterior bajo la óptica de Alexy de que *“cuando existe un derecho, éste también implica el hecho de ser justiciable”*.

54. Partiendo del papel activo del juez constitucional existen acciones que realiza este juez y que influyen en las políticas públicas. Así, el juez puede afectar una red decisional en políticas públicas, lo que no es censurable en ese ámbito, mas no en el del derecho donde la visión esta sesgada por conceptos positivas que desconocen el Estado constitucional. Empero, es evidente el papel preponderante del juez constitucional en las políticas públicas, pues tiene la vocación de permanencia de ser escuchado y el poder coactivo de hacer que sus decisiones se cumplan, que no la tiene ningún otro actor, pero esto no se debe confundir con la labor de quien formula y ejecuta la política pública, pues como se vio incluso en la instancia gubernativa quien decide no tiene el marco de vigilancia sobre quien ejecuta.

55. El fenómeno de la intervención del juez constitucional en políticas públicas se explica ante la falta de acción de las autoridades estatales en garantizar los derechos. Este hecho impulsa a la persona afectada, esto es, al ciudadano sin discriminación alguna, a requerir al juez para que garanticen sus derechos exigiendo al Estado el cumplimiento de sus deberes. La decisión del juez puede afectar el proceso de una política pública, puede hacer un problema relevante y puede marcar los objetivos a conseguir de la entidad estatal partiendo del *deber ser* que se deriva de la Constitución, lo cual se enmarca precisamente en sus funciones.

Así, sí las autoridades estuvieran cumpliendo con sus deberes, no habría ese requerimiento judicial y por ende no se expedirían decisiones que pueden afectar el proceso de política pública. Empero, es tan común la realidad de la necesidad de actuar del juez constitucional ante la falta de acción de otras autoridades estatales en la garantía de los derechos que se ha indicado, en el caso colombiano, que existe una relación inversamente proporcional entre la acción de tutela y las políticas públicas⁹⁶, que se sustenta bajo la premisa de que *“en la medida en que las políticas públicas contribuyan al pleno ejercicio de los derechos, la población tendrá menos motivos para acudir a los mecanismos judiciales para reclamarlos”*⁹⁷ y *“a la inversa, si el número de acciones de tutela incoadas es alto puede entenderse como una señal de ausencia de políticas públicas en materia de derechos sociales o como síntoma, de que pese a su existencia, tales políticas presentan*

⁹⁶ Cano Blandón, Luisa Fernanda, “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la sobrerregión del Magdalena Medio Antioqueño”, en Estudios de Derecho, Vol. 67 No. 149, Medellín, Junio 2010 pp. 87-114.

⁹⁷ Pérez Murcia, Luis Eduardo, “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas” en Los Derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, Dejusticia, pp. 73-129, 2007.

deficiencias”⁹⁸. La intervención judicial en las políticas públicas ayuda a garantizar derechos humanos y a corregir la implementación para cumplir las obligaciones del Estado⁹⁹.

56. Se pasó el centro de gravedad de los parlamentos a los tribunales constitucionales, cuando se comprendió que el orden político global no es sólo garantizar derechos individuales sino también el bienestar y la seguridad de los ciudadanos. La economía es un tema ajeno al Estado, cada individuo buscaba su felicidad en términos de economía privada, en la concepción liberal los derechos fundamentales se entendían como derechos de defensa referidos al Estado. El objeto de la división de poderes en este estado liberal era limitar el arbitrio del poder estatal absolutista¹⁰⁰.

Así, los conflictos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales están siendo resueltos por tribunales de justicia, lo que revela la configuración de un poder judicial comprometido con el acceso a la justicia de los grupos más desventajados y como garantía de igualdad, lo que no implica que se traslade la obligación de configuración de políticas universales que tienen los poderes ejecutivos y legislativos¹⁰¹. La intervención del juez en las políticas públicas, permite evitar abusos de los órganos políticos y de las mayorías en contra de las minorías o estigmatizados; el lenguaje de los derechos debe ser visto no como limitaciones a la democracia sino como garantías a la precondiciones de la misma, de este modo así no tenga un origen democrático, si cumple un papel del guardián del proceso democrático, y a la vez permite empoderar a la ciudadanía en el acción social¹⁰².

57. Empero, los argumentos de quienes están disconformes con que el juez intervenga en políticas públicas se basa en que éste no puede priorizar el gasto social, por cuanto esto es función del órgano legislativo y ejecutivo, esto es, no es el órgano elegido para ello afectándose de este modo el principio de no tributación sin representación o porque el juez constitucional por regla general no posee conocimientos técnicos, producen fallos sin pensar en las consecuencias y debido a su actuar se impide que las discrepancias económicas se desarrolle en el congreso¹⁰³.

Uno de los principales riesgos de intervención del juez constitucional en políticas públicas se basa en la desaparición de la separación de poderes como pilar de la estructura Estatal y en la búsqueda de conservar una relación de pesos y contrapesos, pues finalmente nadie vigila al poder judicial. En un principio se creyó que este poder tenía un papel imparcial. La rama judicial fue considerada como una tercera instancia para zanjar la pugna entre el gobierno y el parlamento, se prefirió dotar a un tercer órgano de poder, que reforzar los otros dos poderes.

⁹⁸ Cano Blandón, Luisa Fernanda, “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la sobrerregión del Magdalena Medio Antioqueño”, en *Estudios de Derecho*, Vol. 67 No. 149, Medellín, Junio 2010 pp. 87-114.

⁹⁹ Maya Aguirre, Ana Lucía. *La perspectiva de los derechos humanos en las políticas públicas en Análisis y evaluación de políticas públicas: debates y experiencias en Colombia*. Bogotá, Unijus, 2009, pp. 156-169.

¹⁰⁰ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 311-361.

¹⁰¹ Pautassi, Laura. *El aporte del enfoque de Derechos a las políticas sociales. Una breve revisión*. http://www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/37567/LauraPautassi_Derechos_pol_soc.pdf.

¹⁰² Uprimny, Rodrigo, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

¹⁰³ Franco Mongua, Javier Francisco, *Análisis Crítico del Impacto Económico de la Justicia Constitucional en Colombia*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2011 pp. 112.

Para Rosenberg¹⁰⁴ los tribunales no pueden lograr un cambio social, debido a que: 1) los derechos constitucionales son limitados y no pueden actuar efectivamente en muchas afirmaciones significativas de reforma social y disminuye las posibilidades de movilización popular; 2) carece de independencia necesaria para producir una importante reforma social; y 3) carecen de las herramientas para desarrollar una política apropiada e imponer decisiones que impongan una importante reforma social.

Los riesgos de una influencia *ilimitada* en las políticas públicas del juez constitucional se centran en el impedimento para la consolidación de la democracia; la sobrecarga del aparato judicial, lo cual puede llegar a afectar su legitimidad, por la cantidad de problemas y el tipo de asuntos; la politización de los conflictos judiciales; el aplazamiento de las soluciones políticas; la desmovilización ciudadana que pone en duda los propios principios democráticos; y que los jueces se consideren hombres providenciales para la restauración de la virtud y la solución de los problemas¹⁰⁵.

58. De estas críticas al papel activo del juez se podrían deducir elementos que facilitarían y legitimarían el trabajo del juez constitucional. Así, si se requiere de conocimientos técnicos, se puede acudir a peritos para adoptar una decisión; la neutralidad de los fallos de los jueces justifica el no análisis de las consecuencias de los mismos y se debe reconocer que existen aspectos que no pueden estar sujetos al debate democrático y a las mayorías, pues precisamente el constitucionalismo busca proteger a las minorías¹⁰⁶.

Por su parte, otros autores proponen un diálogo entre abogados y economistas en el marco de los principios en que se fundamente la democracia y los estados de derecho. La competencia de la relación entre el juez y las políticas no puede ser ilimitada, pues debe guiarse bajo el principio de separación de poderes; se ha de tener en cuenta las consecuencias de las decisiones, las cuales mientras que para unos son determinantes para otro no deben convertir en la razón fundamental de la decisión¹⁰⁷.

59. El punto de vista del tribunal dinámico implica que puede producir un cambio social y que puede ser más eficaz que otras instituciones gubernamentales, ya que tiene ventaja sobre los otros poderes, como lo es, el no ser de elección popular; pueden actuar frente a la oposición pública y acuden ante él personas con pretensiones constitucionales que no es posible dar en el proceso electoral por razones de desventaja y sus decisiones tienen formas indirectas de producir un cambio social, puede servir a establecer las agendas de los otros poderes.

¹⁰⁴ Rosenberg, Gerald, *The hollow hope: Can Courts bring about social change?*, Chicago: University of Chicago Press, 1991.

¹⁰⁵ Uprimny, Rodrigo, *La judicialización de la política en Colombia, casos, potencialidades y riesgo en* http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo_yepes.htm,

¹⁰⁶ Uprimny, Rodrigo, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.a.

¹⁰⁷ Franco Mongua, Javier Francisco, *Análisis Crítico del Impacto Económico de la Justicia Constitucional en Colombia*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2011 pp. 112.

2.6 Una propuesta para la intervención del juez en políticas públicas

60. Todos los poderes dentro de la estructura estatal requiere de unos límites para evitar el ejercicio abusivo de los mismos y así la vulneración de derechos fundamentales y la trasgresión de la estructura estatal. La historia ha enseñado que un poder sin límites degenera en arbitrariedad, así aconteció con lo que hoy se llama poder ejecutivo y legislativo.

Empero, aún no ha habido una revolución de tal tipo para considerar que los jueces han pasado al campo de lo arbitrario. Antes de que ello acontezca, que es lo que actualmente pretenden magnificar quienes están en contra del papel activo del juez constitucional, se hace necesario conservar la legitimidad de su actuación mediante el establecimiento de límites que se desprenden de su mismo nivel de competencia, esto es, que sean los propios jueces los que lo hagan, sin que con ello se pierda la esencia de su finalidad dentro de un régimen constitucional.

61. Se trata de enfatizar en una posición intermedia que parte del papel activo del juez constitucional en su intervención en políticas públicas mediante una técnica que se enmarque en sus competencias y finalidades. Así, la posición intermedia reconoce el papel político del juez y la necesidad de que tome decisiones de este carácter y que las haga cumplir, pero dentro de unos límites en aras de mantener su legitimidad institucional y la estructura estatal de la separación de poderes ya no dentro de la definición estricta de funciones sino de competencias dirigidas a la efectividad de los derechos. La intervención del juez es inevitable, lo mismo que la protección de los derechos fundamentales, pero este debe ser moderado, pues se debe respetar el margen de acción de las instancias políticas¹⁰⁸.

62. La judicialización de la política es *'el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales'*¹⁰⁹. La judicialización se ha alimentado, por el desencanto en la política, la crisis en la representación, la percepción de ser el más democrático de todos los poderes por la defensa de los derechos de los ciudadanos y por la facilidad en su acceso.

La judicialización de las políticas públicas no tiene que ver sólo con la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales, estos derechos hacen evidente la intervención del juez constitucional, porque están inmersos en un contexto ajeno al liberal y enmarcado en el estado social de derecho. Pero también los derechos fundamentales que se dicen nacidos en el estado liberal y conocidos como derechos civiles y políticos requieren de políticas públicas para su

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ Uprimny, Rodrigo, La judicialización de la política en Colombia, casos, potencialidades y riesgo en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo_yepes.htm.

desarrollo, y en algunos casos de la intervención del juez constitucional para hacer evidente un problema y propender directa o indirectamente a su transformación¹¹⁰.

La politización del poder judicial se hace evidente por la relación entre el uso creciente de los tribunales en los conflictos políticos y luchas políticas por el control de los mismos. Un aspecto de la judicialización es que ha sido la oportunidad para que los grupos anteriormente marginados presionen por sus demandas. Este papel activo se puede deber a los patrones históricos de la informalidad persistente, la desigualdad generalizada, la institucionalización débil, y el predominio del poder ejecutivo.

No es disyuntivo el actuar en los tribunales y el actuar en la esfera política para la exigibilidad de los derechos, se pueden hacer ambas cosas. Toda estrategia de reclamo tiene un claro sentido político. En el marco de las actuales democracias, la sanción de leyes por el congreso no siempre asegura la efectividad de los derechos reconocidos y en ocasiones es necesario litigar para lograr la implementación y el cumplimiento de esas normas. De tal modo, en un sistema institucional con fuertes falencias, ni los triunfos judiciales en materia de derechos sociales, ni los triunfos políticos son definitivos, y ello obliga a utilizar todas las vías de reclamo y garantías disponibles¹¹¹. Establecer derechos implica la posibilidad de un reclamo de cumplimiento de esos compromisos como programa de gobierno.

Los ciudadanos acuden al juez, por el desinterés de actores políticos en despolitizar ciertos temas sensibles y que va a significar un costo en la decisión, o en los cuales ha operado un bloqueo institucional, ante lo cual promueven la transferencia de estos asuntos a los jueces por el costo de esta decisión en términos electorales. La competencia que hoy desarrollan los jueces y su característica de independencia se desenvuelve en el marco del respeto a los derechos humanos, se trata de un camino que se preveía y al que se debe recorrer con la cautela necesaria, pero sin pausa.

Se busca que el Estado desarrolle los contenidos de la Constitución Política que buscan la protección de los derechos fundamentales, incluso de los derechos sociales, económicos y culturales, mediante la incorporación de mecanismos judiciales que amplían el sistema de garantías de los derechos constitucionales¹¹². Muchos conflictos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, sin que ello implique propiciar la judicialización de las políticas públicas, están siendo resueltos en tribunales de justicia, sin embargo *“los derechos que se discuten (...), los actores que promueven estas acciones, los intereses que se representan, los procedimientos que se siguen, las decisiones que se adoptan, revelan una evolución incipiente, pero promisoria, hacia la configuración de un Poder Judicial comprometido con acceso a la justicia de los grupos mas desaventajados y como garantía de igualdad”*. Empero este papel no quiere decir que se

¹¹⁰ Así a manera de ejemplo en Sudáfrica, en el caso Pretoria City Council v Walter: se dio la orden de supervisión 1998. Allí se requiere a la comisión electoral que tome todas las medidas necesarias y razonables para que los prisioneros puedan ejercer su derecho al voto y se le da la orden de entregar un plan detallado al tribunal en el que informe de su cumplimiento.

¹¹¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (b). El umbral de la ciudadanía –El Significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional, Editorial Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 65-162.

¹¹² Pautassi, Laura. El aporte del enfoque de Derechos a las políticas sociales. Una breve revisión. http://www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/37567/LauraPautassi_Derechos_polsoc.pdf

desvinculen de su obligación los poderes ejecutivos y legislativos en el diseño de políticas públicas universales¹¹³.

63. Así, Sierra señala que *“el juez constitucional es un actor dentro de un sistema, entonces, la mayor responsabilidad es buscar cuál es la posición de este actor, cómo es su rol en el sistema de los poderes públicos y privados de la sociedad, pero bajo el criterio de que no es suficiente entenderlo solamente como un actor jurídico dentro de la pirámide del derecho”*¹¹⁴.

Por su parte Abramovich y Courtis¹¹⁵ definen que *“el poder judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas (...) Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examina la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción”*.

64. Con relación a la legitimidad del poder judicial Abramovich Victor y Courtis Christian han señalado que para evaluar el activismo se debe analizar si a) las decisiones son sobre el contenido de una política o sobre las reglas de procedimiento democrático y b) la especificidad de la política establecida, esto es, el grado en que el tribunal decide los detalles de la política. Se ha motivado una tendencia a la procedimentalización, es decir, a la forma de dialogo entre los actores involucrados, bajo la supervisión judicial quien homologa los acuerdos.

65. Así quienes han defendido la posición del papel activo del juez constitucional en las políticas pública, han entendido dicho papel desde la concepción de que es una herramienta para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y, en este marco han descrito la labor del juez de esta forma:

*“[E]l margen de actuación del Poder Judicial puede variar considerablemente: a. desde convertir en legal una decisión de política pública ya asumida por el Estado, b. ejecutar una ley o una norma administrativa que fija obligaciones jurídicas en materia social, c. fijar un marco dentro del cual la administración debe diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución, d. determinar una conducta a seguir, o en ciertos casos, e. hasta declarar meramente al Estado en mora respecto de una obligación, sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada. La articulación de las acciones legales que puedan conducir a algunos de estos resultados, con otras estrategias de incidencia política, serán las claves de una estrategia efectiva de exigibilidad. Podrá suponerse que la mayor moderación con la que actué la justicia, hará necesario un trabajo político más activo, para lograr que esa decisión judicial pueda traducirse en la satisfacción de los derechos en juego. Sin embargo, no existe ningún factor que obligue a considerar a las estrategias legales como opciones excluyente de las vías políticas”*¹¹⁶.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús, El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia, Bogotá, Colecciones textos de jurisprudencia, 2009.

¹¹⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (b). El umbral de la ciudadanía –El Significado de los derecho sociales en el Estado Social Constitucional, Editorial Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 65-162.

¹¹⁶ *Ibidem*.

66. Luisa Fernanda Cano Blandon¹¹⁷ propone que “*esta actuación loable de los jueces (...) no debería convertirse en un patrón de actuación regular, aceptado y generalizado. Cuando los jueces asumen la política de ordenar políticas públicas, fijar plazos, responsables y contenidos para misma, nos encontramos frente a una situación que debería ser remedial, residual y temporal. Remedial en la medida que ocurre ante la inactividad de los órganos democráticos en la materia; residual porque la actuación judicial en las políticas públicas debería ser subsidiaria en el proceso de construcción de las mismas; y temporal, porque la democracia exige que los asuntos importantes para una sociedad sean debatidos abierta y públicamente*” y agrega “*es preferible sostener que el juez constitucional ordena y/o hace control constitucional a las políticas, en lugar de participar activamente en su planeación (...) pues tal generalización desestimula el debate democrático y la movilización ciudadana por la protección de los derechos*”.

67. Para conservar la legitimidad del poder judicial, la regla de juicio es que la medida en cuestión surja de una *norma constitucional o legal* (estándares de razonabilidad, adecuación o igualdad, o una conducta fijada por una ley). Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y, en caso de hallar divergencias, reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia¹¹⁸. El reenvío ante una omisión, omisión porque hay normas constitucionales o legales que fijan las pautas para el diseño de una política, constituye un dialogo entre los distintos poderes del estado para concretar lo establecido en la Constitución¹¹⁹.

68. Para otros autores como Vanberg¹²⁰, los límites de los tribunales judiciales para hacer políticas pública, es el pensamiento estratégico en la interpretación del Constitución, pues antes de decidir deben examinar su entorno político, ya que el objetivo principal es que sus decisiones sean cumplidas. De allí que la opinión pública sea importante, pues ayuda a que las instituciones cumplan con lo ordenado, especialmente en el campo legislativo, al ser una institución que tiene responsabilidad frente al electorado. Por eso no se pasa por alto el apoyo público de las decisiones dictadas por el tribunal constitucional, pues la alineación de la jurisprudencia constitucional con la voluntad pública, constituye la fuente principal de su independencia y legitimidad, de allí que no pueda tomar decisiones impopulares, pues la idea es maximizar su eficacia como instituciones. Así, en el cumplimiento de las decisiones judiciales es importante la opinión pública, los medios de comunicación, los grupos interesados en la ejecución de la sentencia, pues esto hace que sea menos probable la negativa del gobierno para acatar las resoluciones judiciales.

Sin embargo, esta tesis es posible de aplicar en contextos donde la opinión pública es importante, en contextos de sistema multipartidista, donde existe una competencia entre los grupos por ganarse el apoyo del electorado, así el incumplimiento se puede traducir en la reducción en el número de votos y sólo desafiarían el poder judicial si está seguro que su opinión va a prevalecer en dicho

¹¹⁷ “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la sobrerregión del Magdalena Medio Antioqueño”, en Estudios de Derecho, Vol. 67 No. 149, Medellín, Junio 2010 pp. 87-114.

¹¹⁸ Abramovich (b): 2006.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Vanberg Georg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, New York, Cambridge, University Press, 2005.

enfrentamiento. Empero, cuando el tribunal es fuerte, se puede dar el lujo de tomar decisiones impopulares. Así, los tribunales son actores estratégicos que responden a incentivos y a las limitaciones dentro de las acciones de su entorno, en todo caso si se acepta que las decisiones de los jueces son motivadas principalmente por motivos políticos o personales, su legitimidad se cuestionaría y el apoyo del público se erosionaría y este apoyo es en lo que descansa el cumplimiento por parte del ejecutivo y legislativo. Así, los límites del poder judicial están en las raíces mismas de la democracia. Como complemento de lo anterior, Staton, Jeffrey k. y Morore¹²¹ señalan que el apoyo público sólo puede funcionar si los tribunales son suficientemente transparentes.

69. Otra de las consideraciones para evaluar el actuar judicial en las políticas públicas, es que es más factible cumplimiento de decisiones claras que de decisiones vagas. La vaguedad les ofrece a los jueces la capacidad de gestionar la incertidumbre sobre los resultados políticos y ocultar el desafío probable de la vista pública. La vaguedad elimina una fuente central de presión para el cumplimiento de que los jueces pueden colocar sobre los responsables de la política. La vaguedad en los jueces es a los legisladores su criterio legal. Se trata de adoptar decisiones que no corran el riesgo de ser incumplidas¹²².

Cuando el tribunal constitucional interfiere en política gubernamental, el grado de cumplimiento de éstos, depende del análisis de costos y beneficios políticos, así se cambian las políticas más importantes que las menos importantes. Es necesario para hacer efectiva la tesis de Vanberg, de que la presión de la opinión pública es un aliciente para que los entes gubernamentales cumplan una sentencia, que las personas conozcan que sucede en los tribunales judiciales, pues para que exista transparencia, se necesita que el público tenga información y la claridad de la cuestión jurídica es lo que finalmente va a determinar su cumplimiento¹²³.

70. O'Donnell señala, que no todas las formas de la judicialización de la política es mala para la democracia, sin embargo la judicialización parece manejar por lo menos tres posibles amenazas a las democracias débiles: la politización puede amenazar la legitimidad judicial justo cuando más se necesita; judicialización puede privilegiar a algunos grupos sobre otros, de manera que se refuerzan en lugar de disminuir existentes las desigualdades socioeconómicas y la judicialización de la política puede desplazar a otras formas de actividad judicial, como la resolución de conflictos ordinaria, que puede ser igualmente importante para el éxito a largo plazo de los sistemas políticos democráticos¹²⁴.

71. La intervención del juez constitucional en las políticas públicas es legítima en razón a la necesidad de respuestas rápidas en el marco del sistema jurídico para la satisfacción de un derecho fundamental, obligación principal del Estado Social de Derecho y garantía que debe proveer el juez constitucional. Su legitimidad va a depender de la naturaleza del problema, no sólo del hecho que

¹²¹ Staton, Jeffrey k. y Will H. Morore, *Judicial Power in Domestic and International Politics*, International Organization, 2011.

¹²² Staton Jeffrey y Georg Vanberg, *The value of Vagueness: Delegation, defiance and judicial opinions*, *American journal of political science*, 2008.

¹²³ Staton Jeffrey k, *Judicial policy implementation in Mexico city and Mérida*, 2004.

¹²⁴ Sieder Rachel, Line Scholden y Alan Angell, 2005, *The Judicialization of politics in Latin America*, Palgrave Macmillan.

se evalúa, sino de todo el andamiaje jurídico que se tiene para su resolución y de la orden que finalmente el juez constitucional emite para la satisfacción de un derecho fundamental.

El marco teórico que impregna la idea de control del juez en su labor política es la teoría de la argumentación expuesta por Alexy y Atienza, y el consecuente respeto a las reglas del discurso. Actualmente la argumentación del juez constitucional es más exigente, antes se tenía el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Ahora sólo se tiene el derecho, en forma del principio, y es el intérprete quien le da el contenido para determinar si se ha vulnerado y quien da la orden para que cese lo que consideró fue la vulneración. La base de la legitimación del juez es la argumentación. El juez constitucional está habilitado para ejercer la acción, por la norma constitucional y por la finalidad propia del derecho constitucional que procura la protección de los derechos fundamentales. Lo anterior es legítimo si las órdenes proferidas tienen en cuenta todo el sistema jurídico, y hay claridad en cuanto a las instituciones encargadas de desarrollar dichas órdenes, por lo menos en lo que respecta a las funciones. De esta forma, el juez constitucional no se saldría de su competencia, pues al fin y al cabo está analizando la ley, y aún más, la hace ejecutable.

Ahora, si es legítima esa satisfacción depende a quien se le da la orden y de sus funciones; y en cuanto a la legitimidad de indicar un proceso, debería no indicar todo el proceso sino trazar directrices básicas para influir en el enfoque de derechos que no sólo debe tener la administración sino también el órgano legislativo. Cuando se estudia política pública generalmente se estudia desde el enfoque del problema y de su posible solución y de todos los pasos dados para su transformación, tomando en cuenta el juego de diferentes actores sin discutir su legitimidad, sólo centrándose en resolver el problema. Así en el mundo de la política pública la intervención del juez constitucional sólo se valora no por ser juez constitucional, sino por determinar, que siendo un actor, su influencia como afectó la satisfacción de un derecho ya sea positiva o negativamente. Se reitera, el juez constitucional es un actor, en un escenario donde muchos más deben estar presentes y que no deben soslayarse por presupuestos de deber ser que el juez imponga, pues el mecanismo para llegar a él sigue estando en manos de los órganos que tienen la función de diseñar y de ejecutar de acuerdo con sus funciones los objetivos planteados.

La intervención del juez se da en un contexto donde hay intervención ciudadana para la satisfacción de sus intereses, es decir, donde todos conducen sus esfuerzos hacia un mismo objetivo. Así, esa idea clásica de la separación de poderes del Estado liberal que pretende que un poder no se sobrepase respecto de otros como si fuera una concepción ego centrista de que uno no puede tener más que otro, va cambiando y debe cambiar para que se trabaje en pro de la satisfacción y del bienestar general que es lo que sustenta el estado social de derecho.

El análisis de una política pública implica el conjunto de interrelaciones; la división clásica entre quien decide y quien ejecuta actualmente y de acuerdo con la experiencia se va desvaneciendo, se sostiene más bien que existe un marco de autonomía y que hay poliarquía e interrelaciones, de allí que en este contexto la actuación del juez constitucional no deba recibir censura alguna. Asimismo el hecho de que la Corte sea un actor, es la manifestación de un accionar por parte del ciudadano, a quien en el contexto de la situación estatal actual se le está exigiendo que el mismo tome acciones para satisfacer sus necesidades y, es legal y constitucionalmente legítimo el uso de las acciones constitucionales que procuran el amparo de los derechos fundamentales. Sin embargo, cierto es que la función del juez constitucional, por lo menos legalmente y exegéticamente no es evaluar, ni diseñar política, sólo proteger derechos fundamentales, otra cosa es que las órdenes para proteger

derechos fundamentales de un determinado grupo terminen influyendo en la políticas públicas del Estado y que esto sea legítimo.

El poder del juez, es un poder eminentemente jurídico, enfocado en la coherencia del sistema jurídico para garantizar derechos fundamentales y es el menos peligroso porque carece de potestad tributaria, de dinero apropiado, del comando de las fuerzas armadas o de hacer leyes. El poder judicial se trata de otro tipo de poder.

72. Hasta aquí se puede concluir que la legitimidad del juez cuando interviene en políticas públicas está dada por: a) su sujeción a normas constitucionales y legales; b) la creación de subreglas para cada caso concreto partiendo de principios y respetando las reglas del discurso dentro de la teoría de la argumentación jurídica como un criterio de corrección; c) la transparencia en la toma de las decisiones; d) la determinación del contexto social, no como determinante único de su decisión, pero sí como un factor a considerar cuando la decisión que se va a adoptar implica un relevante cambio social; e) la adopción de decisiones claras y determinadas; f) la determinación clara del sujeto obligado, pues no sólo se trata de señalar el Estado como sujeto general garante de los derechos y por ende obligado a garantizarlos, sino que se requiere de la determinación específica de cuál institución dentro de la estructura estatal puede cumplir la orden en el marco de sus funciones y su grado de independencia y sujeción respecto de otras entidades estatales. Este criterio reviste de especial importancia, por cuanto permite disminuir la problemática de coordinación y falta de cumplimiento que se genera cuando se da una orden general a una entidad que tiene obligaciones asimismo generales, trasladándose el problema ya no a la satisfacción de un derecho, sino a la falta de un trabajo armonioso entre las entidades estatales.

73. En este mismo escenario es relevante señalar que el actuar del juez constitucional no debe impedir el accionar de otros actores y de toda la estructura estatal, pues como se vio se trata de una poliarquía cuando se define una política. Si bien el caso en concreto va a determinar el papel que el juez constitucional adopte, al momento de asumir un papel activo, ya sea porque sea menor el grado de confirmación de los actos de otros poderes, cambie su jurisprudencia o los criterios de interpretación, efectúe una interpretación laxa de las normas procesales y defina el contenido de una determinada política, es necesario determinar los efectos que se pretenden conseguir con dicha orden.

Con respecto a los efectos de las sentencias, César Rodríguez, propone que éstos pueden ser directos e indirectos instrumentales, o directos e indirectos simbólicos. Ahora, algunos analistas partiendo precisamente de los efectos de los fallos han considerado que los mismos no han sido eficaces y que por tanto no han sido el factor determinante que ha incidido en las políticas públicas, mientras que otros consideran que sí, depende entonces de los elementos que se consideren como influyentes en el proceso de política.

La primera posición se ha calificado de neorrealista que se centra en los *efectos instrumentales y directos de los fallos y el litigio de derechos humanos*. Aquí Rosenberg manifiesta que no fue la decisión judicial del caso Brown la que promovió la no discriminación en Estados Unidos, por cuanto las sentencias no fueron eficazmente cumplidas, sino que fue la movilización política y la legislación antidiscriminación. La segunda posición, calificada como de visión constructivista da

cuenta de que hay transformaciones sociales no sólo cuando se inducen conductas determinadas, sino también cuando se dan transformaciones indirectas (Michael MacCann).

Esta perspectiva es la analizada desde el impacto de las decisiones judiciales en la sociedad, más no desde la perspectiva interna de la labor del juez constitucional y el ejercicio de sus competencias.

Asimismo, los efectos de los fallos y su grado de cumplimiento son elementos determinantes para definir la legitimidad del juez cuando interviene en políticas públicas, pues sólo cuando éstas son efectivamente cumplidas, es cuando acontece una verdadera intervención. En este escenario es necesario identificar lo que se pretende con la decisión constitucional, si se trata de garantizar un derecho a una persona determinada asimismo deberá ser su orden determinada y concreta, decisiones que puede llegar a definir o a incidir en una política pública, como lo fue el caso del tratamiento médico a cargo del Estado por personas con adicción a las drogas, problema que hizo evidente la Corte Constitucional en varias sentencias de amparo y que finalmente fue objeto de una acción política para incorporar dicho procedimiento a los planes garantizados por el sistema de salud general.

Sin embargo, si se pretende conseguir efectos simbólicos o la determinación de una política en general, se han de identificar las pautas de evaluación. Esto es, es necesario tener claridad en los objetivos, aspecto esencial, como se vio, para efectos de evaluar una política pública y para efectos de hacerla exigible a los órganos competentes, además de las características sugeridas en el anterior acápite (numeral 72) y bajo la consideración de que una política pública no supera una situación socialmente problemática, sólo la transforma.

2.7 Conclusiones Preliminares

74. Con base en lo expuesto, se concluyen que en razón a que el objeto del trabajo del juez constitucional es un texto abierto en el que se exponen los valores de la sociedad que la constituyó y la carta de derechos que son inescindibles al ser humano, el ejercicio de sus funciones debe tener unos límites trazados por un razonamiento lógico y práctico y de consensos que le otorguen validez a sus decisiones.

Sus decisiones se enmarcan precisamente dentro del campo de la Constitución que le impone un papel activo en procura de esta garantía, en procura de que se cumplan estas normas como garantía del bien común. Los jueces están obligados a resolver los problemas que se le plantean y en estos supuestos puede presentarse uno en el que está ausente el ideal de lucha política que presenta Waldron.

75. Los argumentos expuestos en contra el papel activo del juez, se tornan más en argumentos de conveniencia que en derecho. El juez constitucional no puede salirse de su lenguaje jurídico, para pasar al político, su legitimidad la da precisamente este lenguaje y la pretensión de corrección y de coherencia del sistema, lo que no excluye que sus decisiones tengan un efecto en el campo político.

La búsqueda de la legitimidad hace que el juez se apegue al texto constitucional, y a los precedentes, el juez tiene que ser incólume en procura de la salvaguarda de la Constitución.

Capítulo 3: Legitimidad del juez constitucional en la intervención de políticas públicas –Sentencia T-085 de 2009

3.1 Consideraciones previas

76. Con base en los capítulos precedentemente expuestos se concluye que si bien se trata de dos racionalidades diferentes en el campo jurídico y político, las mismas tienen diversos puntos de conexión cuando se trata de un régimen constitucional que procura la protección de derechos fundamentales.

Así: a) el lenguaje de las demandas, es el lenguaje de la satisfacción de derechos fundamentales, así la facultad de hacer justiciable un derecho, es la base de la relación entre el juez y las políticas públicas, sumado al empoderamiento de los ciudadanos para la satisfacción de sus derechos; b) en el campo de la política el papel del juez constitucional, es analizado como un actor que influye en todo el proceso de la acción pública; c) partiendo de la versión del derecho positivista y centrada en la ley, el papel activo del juez es reprochado por exceder los límites que esta teoría del derecho le impone; d) al igual que en el campo del derecho, en el campo de las políticas públicas también se argumenta, pues las políticas al igual que las normas son ambiguas; e) el derecho se conecta así con la política y en términos de Nino esta conexión “*consiste en el hecho de que las acciones y decisiones jurídicas no son acciones y decisiones individuales y aisladas sino contribuciones a una acción o práctica colectiva*”¹²⁵.

77. El juez interviene en políticas públicas mediante la adopción de decisiones producto de un proceso y de una competencia previamente asignada por una norma sea la Constitución o una ley. En el caso colombiano, como se verá más adelante, en la función de la guarda de la Constitución y en la garantía de los derechos fundamentales, expresada en decisiones de revisión de acciones de tutela o de demandas de inconstitucionalidad de leyes.

Como se señaló, la tarea principal de un Estado son las políticas públicas. Su proceso, el cual incluye, la formulación, la implementación y la evaluación está presente en todo momento, el cual no tiene un punto final, en la medida en que la situación inicialmente problemática, por el actuar

¹²⁵ Nino, Carlos Santiago, Derecho, moral y política, Una revisión de la teoría general del derecho, Barcelona, Ariel, 1994, pp.158.

del Estado se transforma, y su producto, de nuevo requiere de una acción estatal, tal vez no tan intensa ni tan relevante como pudo haber sido la primera.

78. En políticas públicas el *deber ser* permite, una vez se compara con el *ser*, determinar la existencia de situaciones problemáticas y encaminar las acciones para, si es utópico, conseguir dicho ideal, o, si es más factible, la reducción de la brecha entre éstos. Por su parte en el derecho, el *deber ser* se encuentra determinado en las normas que hacen parte de un sistema coherente y es el marco para la adopción de decisiones judiciales. Es entonces, el *deber ser*, un punto de encuentro entre las políticas públicas y el derecho y el criterio de corrección en cada uno de estos ámbitos, que permite el desarrollo de un discurso, no son así campos autónomos e independientes, sino que constituye escenarios interdependientes en el marco estatal y social, cuyo trabajo conjunto permite la consecución de un mismo objetivo: alcanzar el *deber ser* previsto en la Constitución. Empero, es el deber ser entendido como derecho fundamental humano, no como cualquier tipo de interés, solo así, se puede evaluar la política.

Así, el juez constitucional maneja el deber ser que ha de protegerse según los postulados Constitucionales. La dificultad es que no toma elementos que son esenciales en el estudio político de toma decisiones o toma decisiones que desconocen dichos postulados, sólo cuando logre incorporar en su lenguaje parte de esa dinámica, tal vez se reduzcan los traumatismos por los que ha sido tantas veces criticado.

79. El juez constitucional determina que un valor debe ser protegido en mayor medida posible, sin embargo, no especifica en qué condiciones o a cuál autoridad concreta le corresponde dicha obligación, de allí que se deduzca porque no son tan acertadas las órdenes que emite, o porque las mismas son incumplidas, o porque causan traumatismos a la administración. Pues si se quiere conseguir un objetivo, se debe determinar la acción, el juez constitucional es consciente de la acción final, mas no de los procesos previos a la acción, esto es, en lo que radica su traumatismo. Empero si llegara a determinar toda esta cadena, su injerencia sería mayor y por fuera de su competencia, lo que generaría un traumatismo mayor a la administración.

Así, si se va a proteger un derecho y hay un vacío de procedimientos, el juez debe ser consciente de eso, para evitar traumatismos a la institución y determinar a que ente le podría asignar dicha obligación.

El juez constitucional en el contexto de las políticas públicas es un actor relevante cuando da órdenes que mueven el sistema político, esto es, cuando entra en relación con los otros poderes y moviliza algún aspecto del proceso de la política pública, lo cual no siempre acontece con las órdenes estructurales, sino también con órdenes concretas que pueden resultar ser más efectivas, para conseguir el amparo de los derechos fundamentales y la satisfacción individual de la pretensión.

Así, lo que hace el juez constitucional en las políticas públicas es convertirse en un medio para que una situación tome relevancia. Generalmente la relevancia se da en el debate público, así en la sociedad está protestando los camioneros y los estudiantes, pero si una sentencia analiza alguno de estos dos grupos y emite una sentencia con una orden determinada, el problema para la

administración se hace relevante y se trabaja en aras de superar ese estado. En este escenario es el mismo ciudadano el que acciona una institución Estatal dentro del marco de la democracia.

Es pertinente aclarar que el juez no es actor en el proceso judicial, allí lo son las partes, el juez influye en el régimen político y no sólo lo hace, sino también debe hacerlo, pues es el encargado de mantener la coherencia del sistema y de recordarle a todos los operadores del Estado que se trabaja en pro de satisfacer derechos para todos los ciudadanos. El juez es así actor en el sistema político y es al sistema político al que se debe trasladar la discusión. El juez está investido para pronunciarse respecto de las problemáticas que resulten afectando derechos fundamentales.

80. Las órdenes dadas por el juez deben ser concretas para la protección de un derecho fundamental determinado. Este tipo de órdenes aparte de que se enmarcan en su competencia, tienen más posibilidades de ser cumplidas y son más fáciles de verificar su acatamiento por el juez constitucional, conservando de este modo su legitimidad y a su vez cumpliendo la finalidad constitucional de protección de un derecho fundamental.

Las órdenes estructurales, encierran una complejidad mucho mayor, primero porque al ser tan amplias no son fáciles de verificar. Evidentemente es más fácil constatar que a *Juan la EPS le suministró el medicamento K en 48 horas*, se trata así de una obligación concreta en donde está clara la prestación, el beneficiario y el obligado. Es fácil de constatar por el juez y fácil de cumplir por el obligado.

Empero, si la obligación es que todos los desplazados tienen derecho a una vivienda digna, en mi concepto, genera dificultades en toda la estructura estatal, primero porque *contrario sensu* no contiene una obligación concreta, tiene un postulado de *deber ser* general como el que se encuentra en la Constitución o del que es posible derivar por la sola existencia humana, si se parte de la consideración de que la Constitución constituye un texto declarativo en materia de derechos fundamentales; es más difícil de determinar cuando el grupo *desplazados* aún no se encuentra definido y cuando dentro del mismo existen circunstancias particulares que motivan a acciones diferenciales.

Ahora, no es posible de satisfacer en un tiempo determinado relativamente corto, se trata de una política a muy largo plazo, y esta circunstancia pone en duda la legitimidad del juez constitucional, por cuanto no muestra resultados y motiva a la falta de movilización y de organización social de los grupos directamente involucrados, quienes van a ser los directamente afectados cuando se considere por el juez constitucional que la problemática estructural ha dejado de existir y que se han solucionado las necesidades de un grupo social determinado, cuando materialmente ello no es cierto.

En otros términos, *“la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se entienda como un componente de luchas sociales más amplias.*

*La realización de las promesas emancipatorias de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales*¹²⁶

Si bien es cierto que existe un grupo muy grande de afectados, las órdenes deberían ser concretas para cada una de las anteriores para garantizar de este modo la satisfacción de su derecho fundamental, o si no la labor del juez constitucional sería la de un simple conducto, la de un camino para hacer relevante un problema social, más no para dar una solución definitiva y la satisfacción concreta de un derecho fundamental. En todo caso, hacer relevante un problema, no es errado, sin embargo la misma finalidad se puede conseguir mediante las órdenes concretas en un caso.

El proceso de cumplimiento de órdenes judiciales aparece en numerosos modelos de política judicial¹²⁷. Los fallos estructurales son más difíciles de cumplir que los fallos técnicamente simples. La dificultad puede estar en los desafíos técnicos, en órdenes costosas, el hecho de que en la entidad existan procesos internos para poder ejecutar la orden o el desarrollo de órdenes que necesitan de la coordinación de varias, si los jueces se anticiparan o conocieran en el proceso de evaluación los desafíos técnicos que hacen más compleja la implementación, puede construir remedios más efectivos, es algo así, como, coloquialmente expresado “*ponerse en el lugar de quien va a recibir la orden*”. Pues si hay una imprecisión, las órdenes están invitando al incumplimiento¹²⁸ y las ordenes imprecisas promueven el ensayo, de allí la necesidad de órdenes claras a lo largo del tiempo.

81. En políticas públicas se dice que existe una situación socialmente problemática y que la política va a transformar este problema para hacerlo más manejable, pero no quiere decir que se va a solucionar y que no se debe pensar más en ello. Así que, cuando hablamos de que el juez constitucional interfiere, su interferencia en las políticas públicas se puede dar como un factor para hacer el problema más relevante, o para transformarlo, no para solucionarlo, tal vez solucione el problema de un ciudadano dando una orden concreta, pero todo el problema no, pues el problema se transforma y para ello se necesitan un conjunto de acciones y un conocimiento total de la estructura social que no posee y que no lo posee si quiera el decisor tradicional de las políticas. El juez constitucional no fue educado para tener el conocimiento de toda una política pública y si pretende influir en todos los espacios de ella, ha de adoptar el lenguaje que allí se utiliza y la pretensión que allí se maneja, que es transformar el problema para hacerlo más manejable, más no verificar la satisfacción inmediata de un derecho de rango fundamental.

82. El juez constitucional no puede pretender inmiscuirse en todos los asuntos y pensar que tiene la suficiencia para manejarlos, cuando es imposible tener un conocimiento total de la problemática, de los órganos estatales y de las necesidades reales; cuando la problemática de hoy no es la misma que la de mañana que se transforma con algún movimiento estatal o no estatal. Dicha pretensión es

¹²⁶ García, Mauricio y Rodrigo Uprimny, Corte Constitucional y emancipación social en Colombia, en Sousa Santos, Boaventura de y García Mauricio, Emancipación social y violencia en Colombia, Norma, Bogotá, 2004, pp. 509

¹²⁷ Staton, Jeffrey k. y Will H. Morore, 2011, Judicial Power in Domestic and International Politics, International Organization.

¹²⁸ Staton Jeffrey y Georg Vanberg, 2008, The value of Vagueness: Delegation, defiance and judicial opinions, american journal of political science.

propia de una actitud absolutista que ha sido censurada en los otros poderes y que, en mi concepto, no puede el mismo juez constitucional permitir llegar, debe el mismo conservar su legitimidad y autoridad en un régimen constitucional, no en procura de su supervivencia, sino en la verdadera salvaguarda de los derechos fundamentales y de un régimen constitucional, permitiendo así el actuar libre y alternativo de las demás entidades estatales, dejando a cargo de éstas la facultad de escoger el procedimiento a seguir y de argumentar los beneficios de la escogencia del mismo camino.

Es muy difícil corregir una implementación si el juez constitucional previamente no ha hecho una evaluación de la política, pues a pesar de que esa no es su función si su intención va a ser ordenar las directrices de política lo mínimo que se le debe exigir, como cualquier estudio en política pública, es que conozca y maneje el estado actual de la problemática y de su proceso de superación, y esa función aún no ha sido atribuida por ninguna fuente del derecho, empero se puede derivar de la misma garantía directa de la Constitución Política. De este modo, obsérvese que no hay acción constitucional para evaluar políticas públicas, hay una acción de tutela en procura del amparo de un derecho fundamental. Empero, si los derechos fundamentales limitan al legislador, aún más se considera que debe limitar a toda la estructura estatal.

3.2 Breve descripción de la Corte Constitucional Colombiana y sus funciones en materia de acción de tutela

83. Al interior de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente¹²⁹, se presentó una propuesta novedosa y sin precedente en la Constitución de 1886: la creación de la Corte Constitucional, que finalmente se vería reflejada en los artículos 239 a 245 de la Carta Política de 1991, actualmente vigente.

En aquella oportunidad, la iniciativa de abrir paso a una nueva corporación judicial se fundaba en dos ideas centrales: (i) la tendencia generalizada de contar con un tribunal especializado en cada uno de los campos del derecho, permitiendo con esto la construcción de una jurisprudencia estable sobre el alcance de cada una de las normas de la nueva Carta y; (ii) la necesidad determinar el alcance de los derechos y libertades públicas, creando una interpretación estable y coherente sobre su ejercicio¹³⁰.

Así, además de lo anterior, su principal función jurisdiccional sería la de juzgar *“las normas para determinar la posible violación de la Carta, lo cual tiene un contenido político en el más alto de los sentidos, su función es estrictamente jurisdiccional, por lo cual, en consecuencia, no deberá tener en cuenta consideraciones de orden partidista, ni tener influencia de intereses de esta naturaleza”*¹³¹

¹²⁹ Gaceta Constitucional No. 115, p. 18 y 19. Ponencia: *La administración de justicia*. Ponente: María Teresa Garcés Lloreda.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ Gaceta Constitucional No. 85 p. 14. Ponencia: *Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, proposiciones divergentes*.

84. El artículo 86 de la Constitución Política, contenido en capítulo cuarto de la protección y aplicación de los derechos, establece la acción de tutela con la finalidad de reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública.

Del artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha de indicar *grosso modo* las características de la acción constitucional de tutela:

- a) La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.
- b) El fallo es de inmediato cumplimiento. La orden debe ser cumplida en un plazo prudencial perentorio dependiendo del caso concreto.
- c) Los fallos proferidos en el marco de la acción de tutela deben remitirse a la Corte Constitucional para su eventual revisión. La selección de revisión obedece a un proceso discrecional de la misma Corporación.
- d) Sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.
- e) Es posible solicitar el cumplimiento de la sentencia de tutela, mediante un trámite especial en el que se constata la orden proferida por el juez y si el ente accionado cumplió con lo allí previsto.
- f) Es posible solicitar la sanción al ente accionado por el incumplimiento doloso de la sentencia de tutela, mediante un incidente de desacato, que de prosperar implicaría un sanción de arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.
- g) Es posible solicitar que se adopten medidas provisionales y que las mismas sean decretadas cuando se considere necesario y urgente para proteger un derecho amenazado o vulnerado, mediante la orden de suspensión de la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Se pretende evitar con esta medida que la amenaza se convierta en una efectiva vulneración

85. Lo que busca la acción de tutela es el amparo directo de los derechos y libertades. El origen de la posibilidad de acudir a un proceso judicial para conseguir la protección de un derecho, se le atribuye a la Constitución del Estado de Yucatán, México, de 1841 que facultó al Tribunal Superior de Justicia para “*amparar en el goce de sus derecho a lo que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución*”¹³², luego de esta creación se difundió por Iberoamérica, Europa, África, Asia y se estableció en diversos instrumentos internacionales mediante el rotulo del derecho a tener un recurso judicial efectivo contra la violación de derechos fundamentales. La resolución de este recurso la posee organismos jurisdiccionales especializados en proteger la Constitución Política, entendía como texto supremo, norma fundamental, etc, y por ende órganos límite en los sistemas jurídicos para su interpretación y aplicación¹³³.

¹³² Ferrer, Mac-Gregor Eduardo, Acción de Tutela y Derecho Procesal Constitucional, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2010, pp. 270.

¹³³ *Ibidem*.

86. En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se consideró el establecimiento de mecanismos que permitieran la efectividad, garantía, protección y promoción de los derechos consagrados, como respuesta a las nuevas realidades sociales y en concordancia con desarrollos doctrinales y jurisprudenciales nacionales e internacionales. Se trata de que estos instrumentos protejan la vigencia del orden jurídico, el respeto de la norma y la credibilidad institucional¹³⁴.

Con respecto a la acción de tutela cuya consagración concluyó en el artículo 86 de la Constitución Política, se ha de señalar que dicha figura fue aprobada sin votación en contra¹³⁵. Dicho mecanismo no existía en la Constitución anterior, se trataba de una innovación que intencionalmente pretendía el amparo inmediato de los derechos frente al Estado y los particulares, habilitando a todos los jueces de la república para ejercer esta protección y facultando al órgano límite de la jurisdicción constitucional a sentar un criterio unificador de las normas constitucionales y su compatibilidad con el entorno en el que se desarrolla¹³⁶.

La propia Constitución definió su alcance para evitar que en otras instancias, como en el órgano legislativo, se desnaturalice dicha figura y se limite su alcance; se otorgó poderes a los jueces para, mediante órdenes, otorgar una efectiva protección del derecho y obligar a quien se solicita la tutela a actuar o a abstenerse de hacerlo¹³⁷.

87. Ha habido intentos de modificar la acción de tutela desde la Constitución dada precisamente la aplicación que de la misma ha hecho la Corte Constitucional. Las iniciativas no han prosperado, entre esas se encuentra la que pretendía que la Sala Plena de la Corte Constitucional conociera de la acción de tutela contra las sentencias judiciales de las altas cortes¹³⁸, si bien esta reforma constitucional no se presentó, la misma fue atendida en el reglamento interno de la Corte Constitucional¹³⁹; la que pretendía que la protección inmediata fuera solamente los derechos consagrados en el Capítulo I del Título II de la Constitución y la que impedía a los “*jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las Leyes, Ordenanzas o Acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional,*

¹³⁴ Gaceta Constitucional No. 56.

¹³⁵ Gaceta Constitucional No. 142.

¹³⁶ Gaceta Constitucional No. 112.

¹³⁷ Gaceta Constitucional No. 56.

¹³⁸ Proyecto de Ley 13 de 2006 presentado por el Presidente del Consejo de Estado, Ramiro Saavedra; Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Yesith Ramirez Bastidas y Fiscal General, Mario Iguaran Arana, publicado en la Gaceta del Congreso 414 de 2006 y expuesto en la Gaceta del Congreso 489 de 2006.

¹³⁹ Acuerdo 5 de 1992. El artículo 54 A. Revisión por la Sala Plena. Modificado mediante Acuerdo 01 de 3 de diciembre de 2008, quedando en los siguientes términos: “*Artículo 54 A. Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.*

Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009.

En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela.”

*Departamental o Territorial*¹⁴⁰; que la impugnación de las sentencias que conceden un derecho, sería en efecto suspensivo¹⁴¹, empero si no ha prosperado estas reformas, es porque el instrumento ha sido efectivo, por la presión de la ciudadanía, doctrinantes y medios de comunicación. Sin embargo han intentado establecer nuevos mecanismos del mismo rango constitucional con la pretensión de que se limite la garantía de los derechos fundamentales bajo el argumento de la sostenibilidad fiscal. Los dos últimos han sido propuesta del órgano ejecutivo.

87. La labor de la Corte Constitucional Colombiana ha sido elogiada y rechazada. La forma de elección de sus jueces, el mecanismo de revisión judicial y el cambio de concepto referente a los derechos ayudaron al tránsito de la democracia¹⁴². El incremento de las acciones de tutela da cuenta del surgimiento de una cultura de derechos¹⁴³. Ante la debilidad de los mecanismos de representación política, de los movimientos sociales y del costo de los líderes de accionar a causa de la violencia, en Colombia, el juez constitucional ha ido tomando un papel cada vez mas activo, a lo que se suma ser el órgano de cierre del ordenamiento jurídico, no proceder recursos contra sus decisiones, el impacto general sobre la sociedad y el ordenamiento jurídico de sus decisiones¹⁴⁴.

La relación entre la acción de tutela y las políticas públicas es inversamente proporcional. Dos estudios han concluido que *“en la medida en que las políticas públicas contribuyan al pleno ejercicio de los derechos, la población tendrá menos motivos para acudir a los mecanismo judiciales para reclamarlos”*¹⁴⁵ y *“si el número de acciones de tutela incoadas es alto puede entenderse como una señal de ausencia de políticas públicas en materia de derechos sociales o como síntoma, de que pese a su existencia, tales políticas enfrentan deficiencias”*¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Proyecto de Ley 10 de 2002. Se consideró en este proyecto que el juez sólo tenía competencia para proteger derechos fundamentales y la extensión de la fundamentabilidad de los derechos cuando el constituyente no lo hizo ha generado que los jueces asuman funciones administrativas significativas. Los jueces han suplantado los alcaldes, han impartido órdenes relacionadas con el presupuesto; establecen *obligaciones imposibles*, por lo que no se debe tutelar los derechos de segunda o tercera generación. Gaceta del Congreso 484 de 2002.

¹⁴¹ Proyecto de acto legislativo 11 de 2011. los ponentes del primer debate no presentaron la reforma a dicho artículo Gaceta del Congreso 747 de 2011, 806 de 2011, 857 de 2011, se reiteró que la tutela es un instrumento eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Igual propuesta se había presentado en el proyecto de acto legislativo 07 de 2011.

¹⁴² Schor Miguel, an essay on the emergence of constitutional courts: the cases of Mexico and Colombia, *idiana journal of global legal studies*.

¹⁴³ A manera de ejemplo en el año 2009 el análisis de los expedientes en sala de selección comenzó con el radicado 2.137.141 y concluyó con el 2.495.180 lo que da un total de 358.039 expedientes radicados para dicho año; en el 2010 comenzó la radicación con el número 2.495.181 y concluyó con 2.909.720 dando un total de 414.539 expedientes; en el año 2011 inició el radicado con el número 2.909.721 y concluyó con el 3.317.960 para un total de 408.239 y para el 2012 inició con el número 3. 317.961 y a la fecha va en el radicado 3.650.920, para un total de 332.959 expedientes radicados.

¹⁴⁴ Uprimny, Rodrigo, La judicialización de la política en Colombia, casos, potencialidades y riesgo en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo_yepes.htm.

¹⁴⁵ Pérez Murcia, Luis Eduardo, “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas” en *Los Derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá, Dejusticia, pp. 73-129, 2007.

¹⁴⁶ Cano Blandón, Luisa Fernanda, “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la sobrerregión del Magdalena Medio Antioqueño”, en *Estudios de Derecho*, Vol. 67 No. 149, Medellín, Junio 2010 pp. 87-114..

En otros términos, *“el juez constitucional es, por lo tanto, la autoridad capaz de interpretar la Constitución y arbitrar los intereses sectoriales de la comunidad, como figura emblemática de la democracia constitucional y guardián de este referencial global, debiendo aportar un criterio político de unidad al marco societario, garantizando los desarrollos individuales entro de tal marco de acción”*¹⁴⁷.

89. La Corte Constitucional de Colombia se ha referido de manera directa a la intervención del juez constitucional en políticas públicas, por medio de dos pronunciamiento, el auto 041 de 2011 y el auto 365 de 2010.

En el primero se analizó una solicitud de cumplimiento de la sentencia de tutela T- 153 de 1998, por medio de la cual, esta Corporación declaró el estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria, por la vulneración de los derechos fundamentales de las personas en estado de reclusión, situación que dio a conocer a las autoridades competentes e impartió órdenes precisas a fin de ser superadas.

En el auto del 2011, la Corte niega conocer la solicitud de cumplimiento de la referida sentencia, por cuanto: a) no contaba con la información adecuada y suficiente producto de la participación de las diferentes autoridades comprometidas y b) no tiene competencia, al no haber sido suministrada la información en el marco de un proceso judicial. No obstante, evidenció la grave situación en la que se encuentran personas privadas de la libertad, por lo que dispuso dar traslado de los documentos aportados a las autoridades competentes constitucional y legal encargadas de tomar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar.

Con respecto a los poderes públicos, indicó que *“en un estado social de derecho, las diferentes ramas e instancias del poder funcionan como frenos y contrapesos (...) que asegura (...) los derechos y garantías propias de una sociedad democrática”*; *“ninguno de los poderes del Estado es omnímodo. Ninguno puede actuar sin el reconocimiento y respeto de las competencias y de las funciones de los demás”*; *“la actuación de todas las instancias del poder institucionalizado deben construir armónicamente las políticas públicas democráticas y participativa que permitan el autogobierno de toda persona y de la sociedad en su conjunto”*.

En lo que atañe con la labor específica del juez constitucional, señaló que a éste no le corresponde definir qué problemas serán atendidos públicamente, tampoco diseñar, implementar y evaluar políticas públicas que se adopten. Empero debe velar para que las autoridades encargadas de hacer las políticas lo hagan y sean adecuadas y necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos. El juez constitucional debe adoptar órdenes que aseguren la decisión, y sin suplantar a la autoridad correspondiente debe garantizar el imperio de la Constitución y asegurar su cumplimiento.

Finalmente, indicó que todo derecho constitucional *“tiene dimensiones y obligaciones que suponen el cumplimiento progresivo y paulatino de las acciones del Estado, mediante políticas públicas que implementen programas que, poco a poco, permitan garantizar el goce efectivo de los*

¹⁴⁷ Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús, El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia, Bogotá, Colecciones textos de jurisprudencia, 2009.

derechos”. Sin embargo, que sea programático no justifica la no acción, si carece de plan, el juez constitucional debe asegurar el imperio de la constitución y debe intervenir para que las autoridades competentes adopten los programas a que haya lugar.

En el auto 382 de 2010 proferido en el marco de seguimiento a la sentencia de tutela T- 025 de 2004 que declaró el estado de cosas inconstitucional en razón a la sistemática y masiva vulneración de los derechos fundamentales de la población desplazada se indicó que la intervención en políticas públicas del juez no es para ordenar un gasto presupuestado, delinear o diseñar una política pública sino para asegurar la protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional y asegurar el cumplimiento de los compromisos definidos para tal protección.

Así, el juez constitucional interviene en políticas públicas cuando existe una relación de conexidad directa y estrecha con los derechos fundamentales del grupo afectado, pues el ordenamiento admite el control sobre todas las acciones y omisiones que provocan la lesión de un derecho constitucional. De este modo, si el origen de la vulneración es la deficiencia de una política, el juez debe entonces intervenir. Así, se ha respetado la órbita del Ejecutivo, pero se le ha señalado los principios, valores y deberes constitucionales a los que debe enfocar la acción política. Y se reitera la orden al Gobierno Nacional de que debe demostrar que las políticas públicas de cada derecho constitucional conducen al goce efectivo del derecho, pues lo que se busca es la garantía de los derechos constitucionales.

En este auto se constató el avance de la política dirigida a la población desplazada. Empero, se indicó que persiste el estado de cosas inconstitucional, pues no se ha logrado garantizar de manera efectiva los mínimos de protección de la población desplazada.

3.3 El caso de la sentencia T- 085 de 2009 y su repercusión en la política de reparación

89. El supuesto de hecho base de la sentencia T- 085 de 2009 se originó en el corregimiento de Bellavista, en el municipio de Algarrobo en el departamento del Magdalena. En donde el 12 de octubre de 2001, *“la guerrilla rodeó el pueblo y comenzó a disparar hacia una base que tenían los paramilitares en el mismo sitio donde había funcionado el puesto de policía”*. Señalaron los accionantes que *“los paramilitares permanecieron por meses en Bellavista en plena operación de saqueo de todo el pueblo y el corregimiento en general,...seguían haciendo sus retenes ilegales expropiando los animales, saqueando las fincas y saqueando a todo el que venía de la Sierra con sus productos, Bellavista se convirtió en un pueblo fantasma...”*. Expusieron que nadie denunció el hecho en aquella época y que sólo *“con la desmovilización de los paramilitares en el año 2005 fue cuando algunos de los afectados con el asesinato, desplazamiento y expropiaciones denunciaron el delito como primer requisito de la reparación...”* ante las Fiscalías Veintiséis y Veintisiete Seccionales de Fundación.

Por lo expuesto y por los hechos particulares en cada uno de los casos en que se narraba tanto el daño moral como el material, solicitaron *“se ordene a Acción Social, como giradora del gasto del*

Fondo Nacional de Reparación y de acuerdo con las facultades conferidas en el numeral 56.3 de la Ley 975 de 2005, que restablezca en forma rápida y adecuada, esto es de manera proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño causado, ... para ello debe ordenarse el solicitado trámite del incidente de reparación, evitando con esto que... no tengan (sic) que atravesar el dispendioso proceso de justicia y paz, ni mucho menos el del programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados al margen de la ley a los cuales, reiteramos no est[amos] obligados a vincular[nos]”.

La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social, respondió que la reparación debe solicitarse en el marco del proceso determinado en la Ley 975 de 2005, por medio de los procedimientos allí establecidos como lo es la formulación del incidente de reparación de perjuicios y que por vía administrativa el Decreto 1290 de 2008 estableció que la indemnización se otorgará por medio de un subsidio otorgado por Fonvivienda.

90. La argumentación en la T- 085 de 2009 partió del siguiente problema jurídico: *¿se vulnera el derecho fundamental a la reparación de los desplazados por la violencia frente a la negativa de Acción Social de acceder a la petición de justa indemnización y someterlos al proceso penal previsto en la Ley 975 de 2005 o al proceso de reparación por vía administrativa dispuesto en el Decreto reglamentario 1290 de 2008?*

La respuesta dada a este problema jurídico en la referida sentencia fue afirmativa y la siguiente fue su argumentación:

90.1 La procedencia de la acción de tutela se basa en que : a) los derechos deben ser efectivos, por cuanto esa es la finalidad del Estado Social de Derecho; b) normativamente la acción de tutela fue instituida como un medio para hacer efectivos los derechos fundamentales ante la inexistencia de otros medios de defensa o la ineficacia de los existentes; c) la ineficacia o la inexistencia de los medios se determina en el caso concreto, de acuerdo a las circunstancias del solicitante, por cuanto existen sujetos que son de especial protección debido a su condiciones de vulnerabilidad y que por ende son acreedores de una acción positiva por parte del Estado; d) las personas víctimas del desplazamiento forzado son sujetos de especial protección constitucional, por encontrarse en una situación dramática y haber soportado cargas excepcionales, por lo que es desproporcionado exigirle el agotamiento de los recursos ordinarios; e) los medios judiciales ordinarios para satisfacer el derecho a la indemnización no son idóneos, por cuanto e.1 al ser sujeto de especial protección requiere de un instrumento ágil y eficaz que le permita acceder a una pronta y justa reparación, característica que tiene la acción de tutela; e2. El artículo 25 de la Convención Americana dispone que toda persona tiene derecho a demandar de los jueces o tribunales, por medio de mecanismos sencillos y eficaces el amparo contra los actos que violan sus derechos; e.3 esta misma norma dispone que la víctima tiene derecho a una pronta y justa reparación; f) *las personas víctimas del desplazamiento forzado pueden acudir a la acción de tutela para el amparo de los derechos fundamentales con carácter definitivo, y por tanto, sin necesidad de invocar y demostrar un perjuicio irremediable a dichos derechos, ya que la naturaleza de esta acción se dirige a la protección inmediata de los mismos ante una vulneración”.*

90.2 Las víctimas del desplazamiento forzado son sujetos de especial protección: a) por cuanto se encuentran en condiciones de vulnerabilidad; por cuanto a.1 es apartado de todo aquello que forma

su identidad y trasladado a un lugar extraño por causas ajenas a su voluntad y por la falta de atención del Estado; a.2 este desplazamiento encierra una vulneración masiva de los derechos fundamentales, por que le impide acceder a garantías mínimas, a.3 frente a esta realidad se declaró el estado de cosas inconstitucional, por la violación masiva y continua de los derechos; b) el artículo 13 Constitucional le imponen al Estado lograr una igualdad real y efectiva; c) las personas víctimas del desplazamiento están en condiciones de desigualdad y por ende el Estado debe tomar medidas para lograr la igualdad efectiva; d) la situación de debilidad ha sido reconocida normativamente mediante el otorgamiento de ayudas humanitarias de emergencia a quienes se encuentren en dicha situación y los programas de consolidación socio económica.

90.3 Alcance del derecho fundamental a la reparación: a) todo daño genera la obligación de ser reparado, al no estar la víctima obligada a soportar una conducta antijurídica; a.1 el Código Civil lo establece (artículo 2341); a.2 el ordenamiento penal también regula la reparación de un daño a la víctima de un delito (artículo 94 del Código Penal y numeral 6 del artículo 250 de la Constitución Política); a. 3 es responsable el Estado ante el acaecimiento de un daño antijurídico imputable a su actuar (artículo 90 C. Política.); a. 4 en el campo internacional consagró a. 4.1 principios en los que se dispone que las víctimas tiene derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida (Artículo 7 de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves de Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones) y a.4.2 norma en las que se establece la obligación de reparar y pagar una justa indemnización por la violación de los derechos contenidos en la Convención (artículo 63 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos); b) las víctimas del desplazamiento forzado tienen derecho a una reparación por el daño sufrido, b.1 No estaban obligados a soportarlo y b.2 desencadenó en una vulneración masiva de derechos; c) la reparación es diferente a la asistencia social; c.1 ya lo dijo la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 975 de 2005; c.2 las medidas de asistencia buscan mejorar las condiciones mínimas de existencia y no responden a reparación; c.3 la reparación está relacionada con el daño sufrido y comprende conceptos como restitución al estado en que se encontraba antes de la violación, indemnización de los daños causados, rehabilitación de la víctima y adopción de medidas de no repetición; d) la indemnización busca compensar monetariamente los perjuicios económicamente causados y evaluados; d.1 La Corte Interamericana a indicado que implica la indemnización del daños materiales y morales, dentro de los primeros el daño emergente y el lucro cesante.

90.4 Derechos de la víctima: a) se es víctima sin necesidad de que esté identificado, aprehendido, enjuiciado o condenado el victimario; a.1 es el Estado el que tiene el deber y la facultad de perseguir a quien violó los derechos fundamentales y de hacer respetar sus leyes; b) la víctima tiene derecho a un recurso ágil y sencillo; c) el Estado tiene la obligación de proveer esos recursos; c.1 Tiene la obligación de enjuiciar a las personas responsables de las violaciones y castigarlas de ser culpables y c. 2 el deber de reparar cuando el victimario no pueda o no quiera (sentencias de la Corte y Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad expedido por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas); d) el Estado tiene la obligación y los medios para su implementación de un recurso ágil y las omisiones del mismo es una carga que la víctima debe soportar; d.1 se le vulneraría los derechos al someterla a un trámite dispendioso o la espera del establecimiento de uno, lo que generaría una revictimización; e) si el victimario no es perseguido ni castigado es una carga que no debe ser soportada por la víctima.

90.5 No existen medios para la satisfacción de la pretensión de la indemnización, por cuanto el establecido en la Ley 975 de 2005 requiere para el incidente de reparación la aceptación de cargos por parte del victimario (artículo 23), lo que implica que a.1 el desconocimiento de sus derechos como víctimas, pues a.1.1 tendría que esperar al reconocimiento por parte del autor del delito de dicho hecho, ignorando que se es víctima sin necesidad de ese reconocimiento y a.1.2 le generaría la carga a la víctima de perseguir al autor del delito ante la ausencia Estatal y partiendo de que es el único postulado para conseguir su reparación, lo que va en contra del Estado Social de Derecho que impone que el poder de la fuerza está en el Estado, a.1.2.1 este es el postulado del derecho penal y a.1.2.2 de manera especial se establece en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado por medio de la Ley 387 de 1997 al establecer en el artículo 15 que *“el Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento”*; b) en este caso los hechos sucedieron en el 2001 y la Fiscalía informó que los *“responsables están en averiguación”*

El procedimiento de reparación establecido en el Decreto 1290 de 2008 *“por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”*, determina que la indemnización para quienes hayan sido víctimas del desplazamiento forzado, se entregará por núcleo familiar y se reconocerá y pagará a través de Fonvivienda, esta medida tampoco satisface el derecho por cuanto: a) se trata de una medida de asistencia social que el Estado está en la obligación de proveer a todas las personas en especial a los que se encuentran en situación de vulnerabilidad y, en el caso especial de las víctimas del desplazamiento forzado, a que cese su condición.

Así, como no existen medios, se vulneró el derecho a un recurso eficaz para conseguir la reparación y al estar clara la obligación de satisfacer este derecho por parte del Estado y al determinar que la víctima no puede sufrir la demora en la existencia de mecanismos eficaces para la reparación, es éste quien debe otorgar la justa indemnización, lo que no implica la asunción de responsabilidad por parte del Estado del hecho dañoso. En términos de la sentencia: *“al resultar (i) comprobada la violación manifiesta del derecho fundamental de los accionantes, (ii) al no disponer los afectados de otro medio de defensa judicial ordinario y (iii) al ser imperativo asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado, esta Sala ordenará en abstracto la indemnización del daño causado, que habrá de liquidarse mediante incidente como lo dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991”*.

91. La T-085 de 2009 demuestra el papel activo del juez constitucional en las políticas públicas, pues mediante una argumentación basada en los principios constitucionales excluyó los procedimientos que para obtener el derecho a la reparación de las víctimas de la violencia habían constituido el órgano legislativo y ejecutivo, esto son, la Ley 975 de 2005 y el Decreto 1290 de 2008. De este modo, desconoció los actos proferidos por otros poderes. Esta fue la única manifestación de su activismo judicial, dentro de las categorías propuestas por Courtis, por cuanto la interpretación dada a las normas en cuestión se basó en el alcance que a los mismos principios le había dado la jurisprudencia, sin significar por ende una variación de la misma, además las órdenes dadas no fijaron directrices de elaboración de política de reparación, lo que no obsta para considerar que las subreglas allí definidas constituyan un marco de referencia al momento de evaluar esta política, una vez la misma se defina.

Asimismo, se puede considerar que la providencia se sujetó a las normas constitucionales y legales y creó subreglas para cada caso concreto partiendo de principios y respetando las reglas del discurso dentro de la teoría de la argumentación jurídica como un criterio de corrección. Al igual que consideró el contexto de aplicación de la norma en el sentido de que las personas víctimas del desplazamiento forzado a causa de la violencia a pesar de tener el derecho fundamental a la reparación en su contenido de indemnización, no tenían forma de ejercerlo. Su orden fue clara, otorgar la indemnización por medio del procedimiento establecido en la acción de tutela para reparar los daños causados por violación a derechos fundamentales.

92. Si bien, se dieron ordenes concretas, el hecho de que en dicha providencia se hubiera considerado la acción de tutela como el mecanismo adecuado para conseguir la satisfacción de un derecho fundamental, frente a los mecanismos existentes, movilizó a las víctimas del desplazamiento forzado a causa de la violencia a conseguir la satisfacción de su pretensión por este medio, lo que directa o indirectamente movilizó el actuar Estatal en este escenario.

Así, son más efectivas las órdenes que se dan concretas y que influyen en la solución de una situación problemática específica y que en algunos casos repercute en toda la política pública mediante la adopción de decisiones administrativas y legales que están a tono con la jurisprudencia de casos concretos. En otros términos una decisión concreta en un caso concreto no sólo legítima al juez constitucional en el marco de sus funciones, sino también su labor es apreciada y valorada en el marco de una política pública sin entrar a ser el determinante de toda ésta.

Es decir, el juez puede incidir en política mediante una argumentación adecuada en el caso concreto. Una orden así emitida no debe causar crisis de legitimidad ni genera un riesgo en el campo de las políticas públicas, pues no impide la organización, la movilización y la formación de la conciencia en grupo. Se trata entonces de que se den órdenes concretas en el marco de su competencia, que permita hacer relevante una problemática, sin llegar invisibilizar las acciones del grupo afectado.

93. Además, el juez constitucional no debe ser ajeno de la existencia de un litigio estratégico. Su actuar debe obedecer a límites claros, por cuestiones de legitimidad y balance en la estructura y la división del poder público y algunas veces de los grupos de presión, pues bajo la perspectiva de un juez constitucional que busca la protección del más débil se justifica su actuar, pero si se tratara de un juez constitucional que no tuviera esa pretensión entonces qué pasaría?, además no son sólo decisiones del juez constitucional, sino que al ser la Constitución la fuente del derecho que impregna todo el sistema jurídico, los jueces de la jurisdicción ordinaria, también han adoptado decisiones que influyen así mismo en políticas públicas, bajo el manto preciso de la protección a la Constitución.

94. Así, se cumplió el fin de la acción de tutela, por cuanto por medio de una orden concreta, se determinó la prestación definida y el sujeto obligado a satisfacerla. No contiene así, lo que el ex Magistrado Jaime Araujo Rentería en sus salvamentos o aclaraciones de voto (A.V. T-572 de 2008) en relación con las órdenes dadas frente a la situación de desplazamiento forzado denominó *órdenes jurídicas defectuosas* en razón a que las mismas eran “*abstractas, generales, ambiguas o imprecisas respecto de los agentes responsables y de las condiciones de tiempo, lugar y modo en que se deben cumplir de manera concreta y efectiva en aras de proteger y garantizar los derechos*

fundamentales del grupo poblacional de desplazados”. De allí que no constituyeran una obligación jurídica determinada y no fueran coactivos frente a los poderes públicos del Estado encargados de satisfacer los derechos de este grupo poblacional, siendo la característica de coacción esencial en el derecho.

95. La sentencia asimismo ha sido objeto de diversas críticas. Así, se señala que Acción Social no era el agente que causó el daño; dentro del marco de sus funciones no está el de proteger la vida, honra y bienes de los colombianos; no se le asignó la obligación legal de reparar; era responsable de los programas, más no responsable de reparar y el hecho de que administrara el Fondo de Inversión para la Paz, no le otorgaba a Acción Social la facultad de disponer libremente o discrecionalmente de dichos recursos.

La tutela T- 085 de 2009 en la práctica constituyó un precedente que fue aplicado por todos los jueces nacionales individuales y colectivos. Así mediante sentencias de tutela ordenaron el pago de la indemnización administrativa a las personas víctimas de la violencia y remitían los expedientes a los jueces administrativos para que liquidaran los perjuicios ocasionados. En el trámite de los incidentes de regulación de perjuicios se presentaron situaciones como que los jueces de tutela no definieron las bases para liquidar el perjuicio ocasionado por el daño; en la práctica cobijó todos los perjuicios, no sólo el daño emergente como lo dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991; se liquidaba presumiendo el daño moral y la afectación de la vida en relación de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado que en procesos de reparación directa y acciones de grupo tasa los perjuicios morales en 50 smlmv. Bajo estos criterios en el que implicaba la tasación del daño por cada uno de las víctimas y en la discrecionalidad del juez la proyección del presupuesto no era viable.

96. Esta sentencia, no sólo fue punto de referencia para otros jueces, sino para organismos nacionales e internacionales que defienden los derechos de las víctimas, al igual que en el ámbito académico y motivó la movilización ciudadana¹⁴⁸. La magnitud fue tal, que la misma Corporación seleccionó los casos en los que se venía amparando este derecho y se daba una orden semejante. Se selecciona en el marco de la competencia discrecional de la Corte.

Además, en uso de la facultad de decretar una medida provisional, la Corte en auto 207 de 2010 decidió suspender las órdenes dadas en las sentencias que ampararon este derecho y el pago de las sumas decretadas por los jueces administrativos en los respectivos incidentes de liquidación de perjuicios, no sólo de los expedientes seleccionados, sino de todos los casos que a pesar de no ser seleccionados tenían la misma característica, la razón fue proteger el derecho a la reparación integral y a la igualdad de todas las víctimas del desplazamiento forzado y con el objeto de no hacer nugatorio el fallo de unificación próximo a definir el derecho a la reparación, el cual va a

¹⁴⁸ Esta sentencia ha sido mencionada en escenarios de Conversatorios de Justicia y Paz organizados por la Comisión Nacional de Reparación, la Agencia de Cooperación Internacional Alemana –GIZ y la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos como un mecanismo para el amparo de los derechos de las víctimas; como un fundamento para analizar la responsabilidad extra contractual del Estado ya sea por vía administrativa o judicial escrito por Humberto Antonio Sierra Porto en Los nuevos derechos de la Jurisprudencia Constitucional Colombia en el texto de Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes, pagina 147; movilización ciudadana <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6121547>.

tener efecto *inter comunis* para garantizar el derecho a la igualdad y para evitar que se presenten tratamientos discriminatorios en la vía administrativa. A la fecha la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no ha adoptado alguna decisión.

97. El precedente no solo movilizó la necesidad de una nueva sentencia, sino, el movimiento de una política de reparación para las personas víctimas de la violencia y en el caso específico de las personas víctimas del desplazamiento forzado. Así, se expidió la Ley 1448 de 2011 como una política para la reparación de cuyas normas se puede aducir lo siguiente:

En el artículo 3 define la víctima independientemente del victimario. En el artículo 10 afirma que en el proceso penal en el que deba concurrir el Estado para el pago de la indemnización el monto por el que va a responder es el establecido en el artículo 132 de la misma ley, conservando el victimario el pago total de la indemnización o reparación decretada.

En el artículo 25 se define que las víctimas tienen derecho a ser reparadas y que la reparación comprende medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Y se aclara que las medidas de asistencia adicionales propenden por la reparación integral al aumentar su impacto en la población beneficiaria. Las medidas adicionales a las desarrolladas en la política social se deben tener como reparación y los criterios de priorización, así como características y elementos particulares que respondan a las necesidades de las víctimas.

En el artículo 123 establece medidas de restitución en materia de vivienda y señala la priorización que en ésta debe tener la población desplazada y la cuantía máxima es la que se otorgue en el momento de la solicitud a los beneficios de vivienda de interés social.

El artículo 132 regula la indemnización por vía administrativa y establece en el parágrafo tercero que a las personas víctimas del desplazamiento forzado se entregara por núcleo familiar, en dinero y en forma de subsidios (integral de tierras; Permuta de predios; Adquisición y adjudicación de tierras; Adjudicación y titulación de baldíos para población desplazada; Subsidio de Vivienda de Interés Social Rural, en la modalidad de mejoramiento de vivienda, construcción de vivienda y saneamiento básico, Subsidio de Vivienda de Interés Social Urbano en las modalidades de adquisición, mejoramiento o construcción de vivienda nueva) y agrega que *“la suma que sea adicional al momento que para la población no desplazada se encuentra establecido en otras normas para los mecanismos señalados en este parágrafo, se entenderá que es entregada en forma de indemnización”*. En este artículo se faculta al gobierno para que reglamente monto, procedimientos, mecanismo y demás lineamientos. Se afirma que la indemnización debe contribuir a superar el estado de vulnerabilidad. El artículo 134 dispone que se creara un programa para la inversión adecuada.

Por su parte, el Decreto 4800 de 2011 *Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones*, establece que en las medidas de reparación administrativa está la indemnización por vía administrativa. En el artículo 148 define que la estimación del monto de la indemnización por vía administrativa se debe sujetar a los criterios de la naturaleza y el impacto del hecho victimizante, el daño causado y el estado de vulnerabilidad actual de la víctima desde un enfoque diferencial. Independiente del anterior monto, la Unidad podrá reconocer por

indemnización administrativa por desplazamiento forzado hasta 17 salarios mínimos mensuales legales (artículo 149), por cada víctima se adelantará un solo trámite. La indemnización podrá ser un solo pago o en pagos parciales dependiendo de la vulnerabilidad.

El artículo 155 establece un régimen de transición respecto por la reparación de la vía administrativa contemplada en el Decreto 1290 de 2008, el artículo 157 le da la competencia a la Unidad de crear el programa de acompañamiento para la inversión adecuada y el artículo 159 señala que la indemnización por desplazamiento forzado será entregada a través de los mecanismos previstos en el parágrafo 3° del artículo 132 de la Ley 1448 de 2011 y si no puede acceder a éstos o ya accedieron deberán activar el programa de acompañamiento para la inversión, para que la indemnización sea otorgada a través de esos programas.

98. De lo anterior es fácil deducir que varios criterios de la Corte fueron acogidos por la ley. Así, a) se reconoce expresamente el derecho a la reparación de las personas víctimas de la violencia y dentro de este derecho se reconoce el de la indemnización, b) el derecho a la reparación debe ser satisfecho sin necesidad de que esté individualizado el victimario y c) la asistencia social es sustancialmente diferente a la reparación integral.

Empero así mismo, también es fácil concluir que otros criterios no fueron tenidos en cuenta por dicha normatividad y que constituyen el marco constitucional al que se debe sujetar, por cuanto siguen considerando como una forma de indemnizar a las personas víctimas del desplazamiento forzado con subsidios a la vivienda lo cual requiere una precisión dentro del concepto de indemnización contenido dentro del derecho fundamental a la justa reparación.

a) Así, se hace necesario en primer lugar diferenciar la indemnización del concepto de reparación y el de indemnización. El segundo está contenido en el primero, pero son sustancialmente diferentes. La indemnización hace referencia al pago en dinero del daño causado, mientras que la reparación incluye conceptos como la restitución, rehabilitación y medidas de satisfacción.

Así, se había definido en la sentencia T- 085 de 2009 al establecer que la indemnización debía ser monetaria y estaba contenida dentro de la noción de reparación.

Afirmación que se puede complementar reiterando que normativamente:

El artículo 20 de los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, señala que la indemnización es el pago de una suma de dinero y se otorga en cada caso en concreto con ocasión de los perjuicios económicamente evaluables, como el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los perjuicios morales.

El artículo 2 (3) (a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que *“Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá*

interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Respecto al aparte subrayado el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el recurso comprende la indemnización y ha ordenado implementar dichas medidas en casos individuales, sin determinar un monto definido, sólo señalando que debe ser adecuada.

El numeral 1° del artículo 63 de la Convención Americana sobre derechos humanos establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *"1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, ... dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"*

Así mismo lo ha dispuesto la Recomendación General 19 y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial invoca el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que establece así mismo, el derecho a un recurso efectivo y también lo ha reconocido la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Y doctrinalmente se trata de la reparación monetaria en el marco de una reparación integral que incluye también salud, vivienda, educación, reparaciones colectivas. Esta reparación monetaria, en el marco de la reparación integral no puede pretender por si misma buscar dejar a la persona en su estado anterior. Los tres factores a considerar para este tipo de reparación podrían ser: a) que sea suficiente para asegurar una vida digna a las víctimas; que sea suficiente para expresar el reconocimiento que la sociedad hace del dolor; y que sea suficiente y vaya acompañado de un explícito reconocimiento de la responsabilidad (página 27). Tampoco se puede pretender ser muy justos, pues ello podría conducir a la re victimización, que puede ser más dañino que no hacer distinciones. Para establecer una cifra se debe saber la cantidad de víctimas mediante un estudio suficiente mas no completo, para poder establecer un presupuesto, establecer si es una suma única o varias sumas, si se va a pagar en una anualidad o en varias. Lo importante es que genera la sensación de reparación. Un programa de reparación monetaria tiene que ir de la mano con otras medidas de reparación, y debe definir a) sumas idénticas para cada victima o distinciones de acuerdo al daño demostrable; b) distribución entre los familiares en caso de víctimas de desaparición forzada o muerte; c) sumas únicas o pensiones; d) determinación del monto; e) efectos civiles. El criterio de determinación del monto no debe ser arbitrario, debe estar fundamentando en forma clara y comprensible para las víctimas¹⁴⁹.

b) No puede ser una medida de indemnización, la misma que es una medida asistencial de reparación. La norma que establece que la indemnización a los desplazados se va a hacer en subsidios es una medida de reparación más no de indemnización. Y sólo son de reparación y no asistencia social si constituyen *algo más* que el subsidio de cualquier población vulnerable y *siempre que sean reales y no atenten contra el principio de no regresividad*, pues antes de la

¹⁴⁹ Ciurlizza, Javier en colaboración de International Center for Transitional Justice, "Cómo cuantificar el dolor?: Aportes para reparaciones económicas individuales para las víctimas del conflicto armado interno", Ed. Centro INternacional de Justicia, Perú, 2010.

configuración por medio del Decreto 1290 de 2008 del subsidio de vivienda como reparación (hasta 27 smlmv) y el que fue descartado por la Corte como una medida de reparación, estaba el Decreto 951 de 2001 por medio del cual se disponía del acceso a la vivienda de interés social a las personas desplazadas (hasta 25 smlmv), el cual fue modificado por el Decreto 4911 de 2009 (artículo 14) que amplió hasta 30 salarios mínimos y que posteriormente fue reducido por medio del Decreto 1160 de 2010 (21smlmv) y ahora a 17 smlmv por el Decreto 4800 de 2011.

De lo que se infiere que se ofrece a título de reparación un subsidio de vivienda que existía desde antes como inversión social. Lo que no está acorde con los procesos de reparación. Con base en lo expuesto las medidas de reparación entendida como subsidio de vivienda, debe ser la suma adicional, a la de cualquier subsidio de vivienda que no tenga dicha categoría y que no implique una regresividad. Se hablan de dos lenguajes, mientras que los desplazados quieren una indemnización, las entidades estatales hablan del programa de subsidios de vivienda. Ya lo ha dicho esta Corte que estos subsidios previstos como asistencia social no pueden ser considerados como reparación.

c) El referido el Decreto 4800 de 2011 diferencia la indemnización de los desplazados de cualquier otro afectado por la violencia, quienes recibirán dinero y será voluntaria su inclusión a programas sociales. Lo que denota un trato desigual que en principio no tendría justificación, partiendo del supuesto de que los subsidios a la vivienda habían sido considerados como asistencia social, debido precisamente a su particular victimización y ahora considerar éstos como una medida de reparación implicaría un retroceso y el desconocimiento de su particular condición de víctima. Así, se les debe otorgar indemnización y ésta voluntariamente puede ser destinada a complementar los programas sociales previstos para reparación.

99. Si se parte de lo anterior, se podría concluir que aún no han emitido políticas que permitan la satisfacción del derecho a la indemnización de las personas víctimas del desplazamiento forzado, que sigue habiendo un vacío que la víctima no debe soportar y que implica una violación a un derecho fundamental, por lo que la vía de ordenar su satisfacción por el mecanismo de la acción de tutela sería el camino adecuado; o por el contrario se podría interpretar que las normas emitidas se ajusta a la Constitución y que por ende ese sería el procedimiento a seguir. Es, en este escenario donde la Corte Constitucional tiene ahora el deber de nuevo de pronunciarse mediante una sentencia de tutela acerca del a) alcance del derecho a la indemnización dentro del marco de una reparación justa a las personas víctimas del desplazamiento forzado, b) la existencia de los mecanismos para conseguir su satisfacción y c) la vulneración del derecho en el caso concreto, para entrar a dilucidar cual es el deber ser al que se debe conducir la política pública de reparación.

Conclusiones finales

100. Las políticas públicas y el sistema jurídico tienen diversos puntos de conexión. Así, en ambos se parte del deber ser, ya sea en el primer caso para evidenciar una situación problemática y adoptar las medidas necesarias para superarla, o en el segundo caso para determinar parámetros de conducta tanto para el beneficiario de un derecho, como para el que tiene la carga de cumplir una obligación.

101. Con el proceso de política pública que implica desde su formulación hasta su evaluación no se solucionan la situación socialmente problemática, se da parámetros para su transformación y el manejo del problema. A diferencia en el proceso judicial, donde la orden constituye una obligación jurídica concreta que debe ser acatada por el ente obligado. En este último escenario la obligación es de resultado, no es de medio.

102. En el ordenamiento jurídico se establecen derechos y deberes enmarcados en el régimen constitucional. En donde el papel activo del juez constitucional se justifica en aras precisamente de su salvaguarda. La intervención del juez constitucional en políticas públicas es legítima en el ámbito del sistema jurídico si responde a parámetros de corrección definidos. En este escenario se propuso ser el respeto a los derechos fundamentales, las normas jurídicas y el desarrollo de una argumentación con respeto a las reglas del discurso. Y en el ámbito político cuando sus decisiones no interfieren con la responsabilidad de los otros poderes.

103. El juez constitucional debe tener límites que los da precisamente el marco de su competencia. En este caso la resolución del caso específico mediante una acción de tutela, mediante una orden concreta que satisfaga el derecho fundamental, que sea cumplida y sea susceptible de verificar. Lo anterior es fundamental, para evitar la paradoja de que se presenten acciones de tutela para restringir el papel activo del juez constitucional y su abuso en el derecho. Se debe tener cuidado entonces, para evitar que la solución para restringir el papel activo del juez, resulte siendo paradójicamente la reforma a la Constitución.

104. En este caso, se hizo relevante que una orden concreta en un caso concreto es capaz de movilizar una acción pública en aras de satisfacer el derecho de una población considerada como de especial protección constitucional. No fue necesario así órdenes abstractas que movilizaran la acción pública. Esta decisión enmarcada jurídicamente en una acción de tutela, generó implicaciones presupuestarias y movimientos sociales de magnitud que han permitido el desarrollo de políticas para la satisfacción del derecho a la reparación de las personas víctimas del desplazamiento forzado. Políticas, que no es dable al juez definir a priori acerca de cómo deben

ser, ese no es su papel, si no de implementar los correctivos constitucionales desde un caso concreto. Como se espera sea la labor de la Corte Constitucional con la próxima sentencia de tutela con efectos de unificación en este aspecto.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y otros, Comp. *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamra, México, 2006, pp. 11-102.

Abramovich Victor y Christian Courtis (a). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 117-248.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (b). *El umbral de la ciudadanía –El Significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional*, Editorial Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 65-162.

Abramovich, Victor y Pautassi, Laura. *La revisión judicial de las políticas sociales*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2009.

Aguiló Regla Josep y otros, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, España, 2007.

Alexy, Robert, Derechos sociales fundamentales, en *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

Alexy Robert, *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la Crítica de Bulygin*, en *La pretensión de corrección del derecho*, No. 18 Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, Pág.115.

Alexy Robert, Interpretación jurídica y discurso racional en Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp.35-61.

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación* Editorial Ariel, Barcelona, 2007.

Boussaguet, Laurie, Sophie Jacquot y Pauline Ravinet, *Diccionario de Políticas Públicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

Cabanellas de Torres Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1982.

Cano Blandón, Luisa Fernanda, “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la sobrerregión del Magdalena Medio Antioqueño”, en Estudios de Derecho, Vol. 67 No. 149, Medellín, Junio 2010 pp. 87-114.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). 2008. La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Ciurlizza, Javier en colaboración de International Center for Transitional Justice, "Cómo cuantificar el dolor?: Aportes para reparaciones económicas individuales para las víctimas del conflicto armado interno", Ed. Centro INternacional de Justicia, Perú, 2010.

Coleman, Christopher; Nee, Laurence D., y Rubinowitz Leonard (2005). Social Movements and Social-Change Litigation: Synergy in the Montgomery Bus Protest. Law & Social Inquiry. Vol. 30 (4), 663-736. Recuperado el 15 de octubre de 2010 de la base de datos Jstor.

Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, Princeton: University Press, 2002.

Diez-Picazo, Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson-Civitas, Madrid, 2003

Dworkin, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Harvard University Press, 1996.

Dworkin Ronald, El modelo de las normas, en Los Derechos en Serio, Barcelona: Gedisa, 1992, pp.61-101.

Ferrajoli, Luigi (b). *Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial en Perfecto Andrés Ibáñez (comp) Política y Justicia en el Estado capitalista*, Fontanella, Barcelona. 1978.

Ferrer, Mac-Gregor Eduardo, Acción de Tutela y Derecho Procesal Constitucional, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2010, pp. 270 y ss.

Fioravanti, Maurizio, Derecho Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones.

Franco Mongua, Javier Francisco, *Análisis Crítico del Impacto Económico de la Justicia Constitucional en Colombia*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2011 pp. 112.

García, Mauricio y Rodrigo Uprimny, Corte Constitucional y emancipación social en Colombia, en Sousa Santos, Boaventura de y García Mauricio, Emancipación social y violencia en Colombia, Norma, Bogotá, 2004.

García Maynez Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Abogados Asociados Editores, Medellín, 1990, Pág. 7, 37, 44.

Gargarella Roberto. *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona 1996, pp. 48-172.

Habermas Jürgen, Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia en Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998, pp. 263-280.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 311-361.

H.L.A. Hart, Regla de Reconocimiento y Validez Jurídica en El Concepto de Derecho, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 125, 127.

Jiménez, Gilberto, Para una teoría del actor en las ciencias sociales. Problemática de la relación entre estructura y agency. en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/crs/article/view/16225> .

Jean Michel Palmier, La Filosofía del Derecho en Hegel, México, F.C.E., 1997, Pág.93.

Jones, Charles, An introduction to the study of Public Policy, Ed Duxbury Press, USA, 1970.

Kelsen, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1999.

Kelsen Hans, El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica en Teoría Pura del Derecho, México, Porrúa 1997 (1960).

Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Poin, Barcelona, 2008.

Lleras de la Fuente, Carlos y Marcel Tangarife Torres, Constitución Política de Colombia: Origen Evolución y Vigencia, 1ª edición, Tomo I y II, Medellín, 1996.

Majone Giandomenico, Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

Malcom, Langford, editor, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho constitucional y comparado.*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

Marshall, Ana María (2006) Social movement strategies and the participatory potential of litigation. En A. Sarat y S. Scheingold (Eds.) Cause lawyers and social movements. Stanford, California: Stanford University Press (pp.164-181).

Maya Aguirre, Ana Lucía. La perspectiva de los derechos humanos en las políticas públicas en *Análisis y evaluación de políticas públicas: debates y experiencias en Colombia*. Bogotá, Unijus, 2009, pp. 156-169.

Medellín, Pedro, La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad. CEPAL, 2004.

Mejía Quintana Oscar, La Filosofía Política de John Rawls: de la teoría de la justicia a liberalismo político. De la tradición analítica a la tradición radical filosófico-política en “La filosofía política de John Rawls” [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), Con Rawls y contra Rawls, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

Mejía Quinta Oscar, Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en Revista Pensamiento Jurídico (No. 16), Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, (UNC), 2006, pp.171-206.

Mejía Quintana Oscar, La Norma Básica como problema iusfilosofico, tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación, en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias tercer congreso nacional), Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2006, pág. 195-268.

Meny, Yves y Jean-Claude Thoenig, "Las políticas públicas", Barcelona, Ariel, 1992.

Muller Ingo, Los Juristas del Horror, la Justicia de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás, Traducido del alemán por Carlos Armando Figueredo, publicado originalmente en 1987, Inversiones Rosa Mística Limitada, 2009, pág.8.

Nino, Carlos Santiago, Derecho, moral y política, Una revisión de la teoría general del derecho, Barcelona, Ariel, 1994.

Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003.

Núñez, Antonio, *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*, Bogotá, Legis, 2005.

Ossorio Manuel, Diccionario de ciencias jurídica, políticas y sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1999.

Oszlak, Oscar, Políticas Públicas y Régimen Político, Reflexiones Experiencias Latinoamericanas, Estudios CEDES, Vol. 3, N° 2, Buenos Aires.

Parsons, Wayne, Las Políticas Públicas. FLACSO. México, 2007.

Pautassi, Laura. *El aporte del enfoque de Derechos a las políticas sociales. Una breve revisión.* http://www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/37567/LauraPautassi_Derechos_polsoc.pdf

Pérez Murcia, Luis Eduardo, "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas" en Los Derechos sociales en serio. Hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá, Dejusticia, pp. 73-129, 2007.

Pérez Salazar, Mauricio *Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991*, en Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas para una Discusión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp- 807-906.

Quinche-Ramírez Manuel Fernando y Rivera Rugeles Juan Camilo, *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos*, Revista Vuniversitas, No. 121, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, julio-diciembre de 2010.

Rawls John, Ideas Fundamentales, en la Justicia como equidad: Una Reformulación, Barcelona, Paidós, 2002, pp.23-68.

Resnik Michael.D. "Elecciones, una introducción a la Teoría de la Decisión", Editorial Gedisa, Barcelona 1998.

Reyes, Fernando y Salinas Sergio (2002). Actores sociales: conciencia y modernidad. En: http://www.ciudadpolitica.com/modules/newbb/viewtopic.php?topic_id=67.

Rosenberg, Gerald, *The hollow hope: Can Courts bring about social change?*, Chicago: University of Chicago Press, 1991.

Roth Deubel, Andre Noel, *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Colombia, Ediciones Aurora, 2009.

Rodríguez Garavito César y Rodríguez Franco, Diana. 2010. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia

Sieder Rachel, Line Scholden y Alan Angell, 2005, *The Judicialization of politics in Latin america*, palgrave macmillan.

Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús, *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*, Bogotá, Colecciones textos de jurisprudencia, 2009.

Schmitt Carl, *Distinción de los modos de pensar de la ciencia jurídica*, en *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencias Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 14.

Schor Miguel, *an essay on the emergence of constitutional courts: the cases of mexico and Colombia*, idiana journal of global legal studies.

Staton Jeffrey k 2004, *Judicial policy implementation in mexico city and Mérida*.

Staton Jeffrey y Georg Vanberg, 2008, *The value of Vagueness: Delegation, defiance and judicial opinions*, american journal of political science.

Staton, Jeffrey k. y Will H. Morore, 2011, *Judicial Power in Domestic and International POLITICS*, International Organization.

Stewart, Joseph y Sheffield, James. (1987) *Does Interest Group Litigation Matter? The Case of Black Political Mobilization in Mississippi*. *The Journal of Politics*, Vol. 49 (3), 780-798. Recuperado el 15 de octubre de 2010 de la base de datos Ebsco Host.

Subitars Joan, *Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994.

Uprimny, Rodrigo, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

Uprimny, Rodrigo, *La judicialización de la política en Colombia, casos, potencialidades y riesgo* en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo_yepes.htm

Uprimny Rodrigo, Inés Margarita Uprimny y Oscar parra, *Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Universidad Nacional de Colombia, 2006, unidad 5.

Vanberg Georg, 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*, New York, Cambridge, University Press.

Vargas Velásquez Alejo, Notas sobre el Estado y las Políticas Públicas, Almudena Editores, Bogotá, 2001,

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford, Clarendon Press. Citado de la traducción al español de José Luis Martí y Aguéda Quiroga, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, Segunda Edición.

Zagrebelsky Gustavo, Jueces Constitucionales en Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta –UNAM, Madrid, 2007, pág. 91 y ss.

Gacetas Constitucionales

Gacetas Constitucionales Números: 56, 85, 112, 115 y 142.

Gacetas del Congreso

Gacetas del Congreso Números: 484 de 2002, 489 de 2006, 806 de 2011, 857 de 2011 y 747 de 2011.

Normas

Constitución Política de Colombia de 1991

Decreto 2591 de 1991

Ley 1448 de 2011

Ley 975 de 2005

Ley 387 de 1997

Decreto 1290 de 2008

Acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional

Jurisprudencia

T- 085 de 2009