

III. ACTIVISMO JUDICIAL Y CONSTRUCCIÓN DE MÁRGENES DE ACCIÓN AL LEGISLADOR COLOMBIANO

Las Constituciones, con amplios catálogos de derechos y mecanismos judiciales para su protección, han sido el marco normativo para la amplia judicialización de la política que en los últimos años ha acontecido en América Latina, sobre todo en países como Colombia, Brasil y Costa Rica. La consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado, ha tornado cardinal en el sistema jurídico colombiano los problemas relacionados con la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también a los privados.

En el contexto de la constitucionalización del derecho y a partir de una labor activista del Poder Judicial, la Corte Constitucional ha proferido sentencias que pueden dividirse en dos periodos que corresponden con dos momentos fundamentales del cambio de magistrados. Así, desde 1992 y hacia el año 2000 —lo cual corresponde con el primer periodo de existencia de la Corte—¹²⁶ se reafirmó esencialmente la naturaleza de los derechos fundamentales como principios y se empezaron a tomar decisiones que enfrentaban el formalismo que hasta entonces caracterizaba al derecho colombiano, tales como las que, mediante el mecanismo de la conexidad, ampararon derechos sociales cuando su vulneración afectaba un derecho

¹²⁶ La Corte Constitucional Colombiana empezó a funcionar en 1992 y, conforme al artículo 239 constitucional, sus magistrados son elegidos para periodos individuales de ocho años.

fundamental. Desde 2001, pero sobre todo a partir de 2004, se empezaron a tomar decisiones que establecían expresamente una doctrina de los márgenes de acción al Legislativo ante casos de omisiones legislativas relativas o absolutas que involucraban particularmente algún grado de afectación a derechos constitucionales.

1. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La idea de *activismo judicial* no es fácil de definir. Como sucede con otros conceptos de reciente acuño —multiculturalismo, neoconstitucionalismo, democracia deliberativa, posmodernidad...—, puede significar muchas cosas para diferentes personas en un rango que oscila desde la concepción peyorativa del concepto, que se usa como arsenal crítico en contra de académicos y magistrados, hasta su concepción elogiosa que se utiliza para destacar logros alcanzados por sentencias progresistas. Como afirmó el destacado juez estadounidense, Frank H. Easterbrook: todos desprecian el activismo judicial... que concepto tan resbaladizo.¹²⁷ O como sostuvo el magistrado de la Corte Suprema estadounidense, Anthony Kennedy, que un tribunal activista es sencillamente un tribunal que toma una decisión que a usted no le gusta.¹²⁸

Si bien al concepto no se hace referencia necesariamente en la actualidad de manera crítica o peyorativa, conviene señalar que ese fue el matiz o la acepción con la cual se acuñó originalmente cuando políticos conservadores estadounidenses se refirieron a la práctica de los magistrados liberales que derogaban leyes estatales y nacionales —entre ellas las que criminalizaban el aborto y la sodomía homosexual— para crear lo que los liberales consideraban una sociedad más justa.¹²⁹ En el *Black's Law Dictionary* el activismo judicial se define como una filosofía de la toma de decisiones judi-

¹²⁷ Easterbrook, Frank H., "Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?", en 73 *University of Colorado Law Review* 1401, 2002.

¹²⁸ Lewis, Frederick P., *The context of judicial activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

¹²⁹ Véase, entre otros, Horwitz, Morton, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Nueva York, Farrar, Staus & Giroux, 1999. Compston, Christine y Warren, Earl, *Justice for All*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

ciales a partir de la cual los jueces permiten que sus perspectivas personales sobre la política pública, los principios y el derecho constitucional, entre otros factores, guíen sus decisiones, en el sentido que los fundamentos de la decisión pueden ser las consideraciones morales o políticas personales del juez, en vez del derecho legislativo, jurisprudencial o aquel internacional que sea vinculante.

La distinción entre una decisión ordinaria y una decisión activista radica fundamentalmente en el tipo de órdenes que imparte o la clase de control que ejerce. Por ejemplo, se definen como activistas las decisiones sobre derechos de los presos, separación de iglesia y Estado, aborto y segregación racial en las escuelas públicas, que tomó la Corte Suprema estadounidense en el periodo conocido como la “Corte Warren” (entre 1953 y 1969).¹³⁰ Asimismo constituyen ejemplos de decisiones activistas las que tomaron jueces en la India sobre el acceso a la justicia por parte de los pobres e indigentes mediante litigio de interés público, en Sudáfrica los casos sobre acceso a albergues de emergencia y a medicamentos a pacientes con VIH, y en Colombia las relativas al acceso a servicios de salud, a los derechos para las parejas del mismo sexo y a la protección de la población víctima del delito de desplazamiento forzado interno.

Se suscribe en cambio la concepción, central en el discurso constitucional contemporáneo, en virtud de la cual las buenas formas de activismo le otorgan una centralidad a la dimensión argumentativa del derecho. “La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica

¹³⁰ El periodo inmediatamente posterior, conocido como la Corte Burger (1969 - 1986), también se destacó por su activismo progresista en materias como libertades religiosas —Engel *vs.* Vitale (1962) y libertad de expresión (primera enmienda)—. Dos de las sentencias más trascendentales de la Corte Suprema en su historia se adoptaron durante la Corte Burger, sobre derechos civiles, *Brown vs. Board of Education* (1954) y la extensión del derecho a la intimidad para cobijar el derecho al aborto, *Roe vs. Wade* (1973). Véase Schwartz, Herman, *The Burger years*, Nueva York, Viking Press, 1987. Lamb, Charles M. y Halpern, Stephen C. (eds.), *The Burger Court. Political and Judicial Profiles*, Urbana, University of Illinois Press, 1991. A partir de este último queda la imagen de que la Corte Burger fue una Corte de transición entre la activista y liberal Corte Warren y la conservadora Corte Rehnquist.

ca".¹³¹ No se elude el hecho de que cada juez o doctrinante tiene una idea acerca del derecho, adopta una posición política y tiene valoraciones morales, los cuales necesariamente impregnan sus respectivas interpretaciones del derecho. Más bien se sustenta que la legitimidad del derecho radica en la posibilidad de justificar tales juicios y fundamentarlos mediante sólidas argumentaciones jurídicas.

En un país sin Constitución garantista y sin Tribunal Constitucional que ejerza algún tipo de control —concentrado, difuso o mixto—, es fácil atacar a los magistrados activistas por usurpar las competencias de las otras ramas del poder público, sobre todo de aquellas con representación democrática. En este contexto es más sencillo reclamar restricción judicial cuando se presentan decisiones proactivas y garantistas donde se imparten órdenes complejas. Pero en países como Colombia la experiencia ha demostrado a través de sentencias como aquellas que ampararon derechos de poblaciones marginadas o desfavorecidas —presos, defensores de derechos humanos, víctimas de desplazamiento forzado interno y pobres sin acceso a plan integral de salud—, que un buen juez debe ser un juez activista. Un juez que busca una transformación dentro del respeto a las leyes, que mira el sentido de una norma dentro de la dinámica realidad social, que entienden cuáles son los valores democráticos que dichas leyes buscan preservar. Para el ex-presidente Gaviria, quien convocó a la constituyente de 1991, "una nueva concepción del derecho ha permitido criticar el excesivo formalismo y señalar a los juristas como símbolos de la rigidez del ritualismo. (...) Que el derecho no sea un obstáculo para los cambios, sino un instrumento de la renovación pacífica".¹³² El activismo debe ser, pues, progresista.

Si bien el activismo judicial ha sido comprendido tradicionalmente de manera peyorativa, sobre todo en el contexto anglosajón, y algo de esa narrativa ha influido en la academia latinoamericana, esta investigación se inscribe en la tradición que se ha venido generalizando en virtud de la cual, como

¹³¹ Alexy, Robert, "Mi teoría del derecho", Discurso impartido en la Universidad de Alicante con motivo de la aceptación del doctorado *honoris causa*. Citado de la versión electrónica facilitada por el autor.

¹³² Gaviria, César, "El nuevo derecho", en *Quaestiones Juridicae*, Universidad Javeriana, núm. 1, jun, 1993.

refleja el caso colombiano, el activismo judicial no es en sí negativo, sino que hay buenos y malos tipos de activismo.

Además, conviene precisar que si bien todo progresismo es activista, no todo activismo es progresista. El progresismo siempre es activista porque implica trabajar y actuar en procura de alcanzar grados de progreso individual y grupal en el contexto de derechos y principios como la igualdad, la libertad y la justicia. Reúne ideologías de centro izquierda y centro derecha contrarias al *statu quo* del conservadurismo de derecha. El progresismo en política es entonces activista, reformista y pragmático. Ejemplos de progresismo son los derechos civiles y sociales, la separación Iglesia-Estado y la igualdad de género.

Puede haber, en contraste, activismo *no progresista* o *regresivo*, es decir, un activismo en procura de recuperar tradiciones sociales y culturales relacionadas con el sexo, las libertades y la igualdad, por ejemplo, que no procuren lograr mayores grados de progreso. Ejemplos de activismo regresivo se encuentran, en Colombia, en el ejercicio de la potestad disciplinaria del procurador general de la Nacional en Colombia que se ha opuesto al matrimonio entre parejas del mismo sexo y a la interrupción voluntaria del embarazo. En Estados Unidos hay también ejemplos de decisiones tomadas por la Suprema Corte en este sentido.¹³³

En Colombia mediante sentencias polémicas, como la que declaró inconstitucional la ley que convocaba a un referendo para decidir sobre la segunda reelección presidencial, el activismo se ejerce a partir de un tipo de control constitucional que en general ha sido calificado de riguroso e

¹³³ Sobre las que puede consultarse el análisis crítico de Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, García Jaramillo, Leonardo y Carbonell, Miguel (eds.), 2ª ed., México y Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. Sobre el activismo conservador y retardatario durante la era Reagan, véase, Post, Robert; y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático*, Leonardo García Jaramillo ed. y trad., Buenos Aires, Siglo XXI, 2013. García Jaramillo, Leonardo, "¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático", en *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, vol. 60, núm. 2, may-ago, 2015. En este sentido, Sousa Santos ha sostenido que, "hasta hace muy poco[.] los ejemplos más conocidos de activismo judicial eran políticamente conservadores, por no decir reaccionarios". Sousa Santos, Boaventura de, "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas", en AA. VV., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 85.

independiente de la voluntad mayoritaria.¹³⁴ Se ha tendido hacia el fortalecimiento del sistema de frenos y contrapesos institucionales. Quienes sustentan la filosofía de la restricción judicial, es decir el activismo regresivo, lo que añoran realmente es la mayor deferencia que los jueces le prestaban en antaño a la voluntad mayoritaria representada en la ley. La crítica al activismo judicial parece estar fundada, tanto en la afectación de las competencias de los órganos con representación democrática para crear derecho, como en la nostalgia por un control formal menos estricto por parte del juez constitucional.

El fundamento de la crítica es desestimable a partir del consenso al que se ha llegado a partir de la segunda posguerra conforme al cual democracia en la actualidad no sólo significa respaldo mayoritario a una determinada medida, es decir, fue superada por su propia historia la idea de *demos-cratos* es decir, de “gobierno del pueblo”. El adjetivo “constitucional” que se le agregó a la doctrina política conocida “democracia”, significa que reconocer la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales, implica que se constituyen en los límites, los diques, por donde debe fluir el poder político con toda su fuerza. Una democracia constitucional debe contar con los mecanismos para impedir que la voluntad electoral sea manipulada y que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular.

Una Constitución, como advierte Ferrajoli, “no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular (...) El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales”.¹³⁵ Desde una perspectiva eminentemente agrega-

¹³⁴ Este criterio asimismo orientó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando falló el caso *Gelman vs. Uruguay* en 2011 contra la voluntad popular que, en dos ocasiones, había decidido mediante referendo mantener vigente la ley que impedía que fueran llevados a juicio perpetradores de graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar.

¹³⁵ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América La-*

tiva, populista o mayoritaria, una democracia constitucional puede llegar a ser en muchos casos antimayoritaria.

Ninguna directriz política ni ningún objetivo social pueden sobreponerse a un derecho individual, pues el bienestar general debe estar supeditado al respeto de los derechos de todos. La legitimidad de las opiniones sustentadas en la esfera pública es dependiente de los derechos individuales. Para Rawls, “no importa cuán eficientes y bien-ordenadas sean las leyes y las instituciones, deben ser reformadas o abolidas si son injustas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en general no puede atropellar. Por esta razón, la justicia niega que la pérdida de libertad de algunos, sea presentada como correcta por el bienestar más grande que comparten otros”.¹³⁶

Hemos alcanzado un grado importante de consenso en torno a la idea de que la democracia no sólo significa mayorías, sino también respeto a los derechos minoritarios y a las reglas de juego democrático. Las decisiones políticas al interior de democracias constitucionales pueden llegar a ser en muchos casos antimayoritarias. Una democracia constitucional no es un régimen que se basa entonces en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón de ser en un principio mayoritario restringido en aras de la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. Madison precisamente distinguía entre tiranía mayoritaria y democracia basada en una Constitución. Ofende a las concepciones más citadas del constitucionalismo actual, tales como aquéllas reunidas dentro del

tina, México, Siglo XXI, 2002, p. 203. Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales se ubican en “la esfera de lo indecible”, a lo cual otros autores se han referido como el “coto vedado” (Garzón Valdés) o como el “terreno intocable” (Bobbio).

¹³⁶ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 3. El planteamiento de Rawls al respecto gira en torno a la imposibilidad de fundamentar la justicia sobre el criterio utilitarista de bienestar para la mayoría, ya que la justicia no está sujeta a las transacciones y el provecho de unos, así sean mayoría ni puede darse nunca en detrimento de otros, por pocos que sean.

movimiento neoconstitucionalista, el argumento según el cual una decisión mayoritaria es, de forma necesaria, genuinamente democrática.¹³⁷

Una decisión mayoritaria no es, de forma necesaria, genuinamente democrática. La democracia, desde que no es ya la configuración rousseauiana de la voluntad general, cuenta dentro de sus elementos esenciales la posibilidad de que las distintas facciones puedan llegar a tener juego dentro de la institucionalidad. La competencia electoral debe desarrollarse de forma tal que no sólo el partido en el poder tenga posibilidades de ganar, con la correlativa posibilidad de alternancia en el poder político. Si por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno, de la mayoría, sometido al estado constitucional de derecho, es porque se deben establecer límites a la configuración política de las posiciones respaldadas por algún amplio grupo. Así es como hay que comprender las restricciones que imponen al actuar del poder público las Constituciones expedidas desde la segunda posguerra, cuando la historia conoció los excesos que se cometieron en virtud de procedimientos hasta entonces ampliamente considerados democráticos.

En una democracia constitucional no se pretende que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria. Acuerdos con amplios apoyos mayoritarios pueden asfixiar una democracia constitucional tanto como un régimen dictatorial.¹³⁸ El concepto "democracia constitucional" trasciende la noción puramente formal de democracia y el tipo estrictamente procedimental de Constitución. El concepto significa sobre todo que las democracias, que la organización social y la forma de gobierno, se fundan en una Constitución política con determinadas características. Los elementos medulares de la democracia constitucional son aquellos propios de la democracia política, como el derecho al voto igual, el principio

¹³⁷ Hay una tensión inevitable entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos —igual participación en la toma de decisiones públicas—; sin embargo cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Véase Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos, problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit.

¹³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Roma, Laterza, 2007, parte cuarta.

mayoritario y la pluralidad de los partidos políticos, y una articulación entre el constitucionalismo clásico liberal y el constitucionalismo contemporáneo, tales como, de un lado, la regla de mayorías, la división de poderes, la rigidez constitucional y el sistema de frenos y contrapesos institucionales, y, de otro, la naturaleza normativa de la constitución, la fuerza vinculante de los derechos, el control judicial de constitucionalidad, los principios constitucionales de naturaleza moral, la amplia y protegida participación política, la protección de las minorías —y como destaca Loewenstein sobre todo de aquellas que defienden opiniones políticas impopulares—, la positivización constitucional de los derechos humanos y la configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales. La garantía y posibilidad de ejercicio de los derechos son elementos distintivos de la legitimidad del poder estatal. La *fuerza de legitimación* de la democracia radica en el respeto a las normas constitucionales.

En el constitucionalismo contemporáneo la división de poderes está no sólo consagrada, sino también supervisada por instituciones que al tiempo comportan la garantía jurisdiccional de la Constitución, tales como los tribunales constitucionales, y complementada con un sistema integrado por órganos de control que regulan aspectos centrales para la estabilidad y funcionalidad de la democracia —con diferencias contextuales, se destacan: defensorías del pueblo, banca central, control fiscal y la regulación electoral de la organización y de la competencia entre los partidos políticos—. En el contexto de la configuración de la democracia constitucional se crean tribunales para proteger la integridad y supremacía de la Constitución y el respeto por los derechos y garantías de las minorías del poder de las mayorías. Muchos países han establecido tribunales independientes para velar por el efectivo cumplimiento de los derechos y principios que no necesariamente valen por la prevalencia de la voluntad mayoritaria. Dworkin en este sentido sostuvo una teoría de los derechos individuales como derechos prejurídicos que, concebidos como “cartas de triunfo” frente al gobierno o las mayorías que detentan el poder, procuran garantizar la igualdad y el respeto por la dignidad humana.¹³⁹ Así lo ha entendido también nuestra Corte

¹³⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

Constitucional colombiana: “en gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías —y a esas minorías radicales que son las personas— de que su dignidad e igualdad serán respetadas”.¹⁴⁰

La jurisprudencia constitucional estadounidense ha sostenido en varias ocasiones la justificación de la supremacía judicial como la forma correcta de proteger la voluntad real del pueblo. Primero se dijo que es de su competencia “decir lo que es la ley, que es la esencia de su deber jurídico”, afirmando que la responsabilidad de la Corte de derogar la legislación inconstitucional, era una consecuencia necesaria del cometido de sostener la Constitución. Se establece asimismo el principio de la *interpretación judicial* sobre el de la *interpretación política* de la Constitución. “Si una ley se opone a la Constitución y si ambas se aplican a un caso concreto, de tal manera que la Corte debe fallar conforme a la ley desestimando la Constitución, o conforme a la Constitución desestimando la ley, es la misma Corte la que debe determinar cuál de estas normas en conflicto regula el caso”.¹⁴¹ Luego se afirmó que “El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones”.¹⁴²

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso Lüth:¹⁴³ “Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en primer lugar a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta tanto del desarrollo intelectual de la idea de derechos fundamentales como de los procesos históricos que han llevado a que las constituciones de los distintos estados recojan los derechos funda-

¹⁴⁰ Sentencia C-350 de 1994.

¹⁴¹ John Marshall en *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, 1803).

¹⁴² Robert Jackson en *West Virginia Board of Education vs. Barnette* (319 U.S. 624, 1943).

¹⁴³ BVerfGE 7, 198, 1958.

mentales. Ése es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado". A juicio de Robert Alexy "desde el punto de vista del derecho constitucional [los derechos fundamentales] son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria".¹⁴⁴

Hay sin duda una presunción relativa al hecho de que la mayoría debe gobernar. A que el principio de la autodeterminación colectiva y la regla de mayorías deben contar con todas las garantías institucionales para su protección. Pero qué son acaso las restricciones que impone la Constitución al actuar del poder público, por muy mayoritariamente apoyada que esté una medida violatoria de los derechos fundamentales de algún grupo. En una democracia constitucional no se pretende entonces que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria. Esta es la aplicación de una tesis de Stephen Holmes: la Constitución separa ciertas decisiones del proceso democrático y es deseable que ello ocurra porque no sólo de acuerdos de mayorías vive la democracia.

Qué es, en síntesis, lo que hay que destacar en este contexto: que la Constitución establece sobre todo límites y vínculos al poder político. Y el resultado de esas operaciones jurídicas procura, de un lado, lograr la que Viehweg dijera que es la aporía fundamental del derecho, "conseguir lo justo aquí y ahora", y de otro, sentar precedentes para la eficacia del ordenamiento jurídico cuando se presenten casos analogizables.

Formas adecuadas de activismo judicial, como las desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana, además de posicionar al tribunal como protagonista de la vida política e institucional del país, promueven importantes transformaciones políticas, sociales y económicas. El activismo judicial no acontece en abstracto ni en el vacío, sino en un sistema interinstitucional con otros organismos que tienen competencias diversas en procura de alcanzar los fines del Estado. La dogmática de los márgenes de acción adquiere particular relevancia en contextos como el colombiano enmarcado,

¹⁴⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993.

como se dijo, por la pobreza, la desigualdad y el déficit en la realización de derecho, frente a un Legislativo muchas veces elusivo o perezoso en la toma de decisiones en este sentido, y un tribunal con el mandato de resguardar la integridad y supremacía de una Constitución con vocación normativa y un amplio catálogo de derechos y principios con fuerza vinculante.

2. LOS CASOS

A continuación se presentan algunos de los principales casos donde la Corte Constitucional colombiana adoptó una dogmática de márgenes de acción frente al Legislativo, situando particular énfasis en la práctica de proferir exhortos al Congreso y al gobierno, sobre todo a los ministerios, como forma de resolver la tensión entre autonomía legislativa y superioridad de la Constitución y su concepción normativa.

2.1. Delitos de injuria y calumnia en medios de comunicación

La Corte estudió la constitucionalidad de los delitos de injuria y calumnia tratándose de los medios de comunicación. Encontró que ambos delitos siguen vigentes, que son constitucionales en todas las áreas del actuar social. Hay numerosas subreglas tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema que restringen la posibilidad de imputar estos delitos tratándose de informar. La libertad de prensa es uno de los baluartes de las democracias liberales pero, ni hay derechos absolutos ni hay privilegios que eximan de la responsabilidad por afectar derechos como honra o dignidad al realizar la profesión de periodista o de informar.

Además de reafirmar que para configurar la injuria respecto de un comunicador debe probarse por el presunto injuriado el dolo o la existencia de intención o *ánimo* de injuriar, de ofender o deshonor —*animus injuriandi*—,¹⁴⁵ sostuvo que el Congreso tiene el margen de acción legislativo para determinar la política criminal, es decir, para decidir cuál conducta configura un delito, cuál no y qué pena amerita. La Corte sólo interviene

¹⁴⁵ Ello explica el número tan reducido de condenas efectivas que han realizado los jueces en casos donde se demanda a un periodista por presunta injuria. En nuestro constitucionalismo la libertad de prensa es amplia en su protección constitucional.

en casos extremos donde dicho margen se pretenda ampliar hasta un punto que resulte injustificadamente lesivo de un principio constitucional o derecho fundamental.

La amplitud del margen de configuración legislativa en materia penal¹⁴⁶ no implica una discrecionalidad absoluta, ya que debido sobre todo a la constitucionalización del campo penal, dicho margen está configurado por dos criterios jurisprudenciales. El primero es el respecto al contenido material de los derechos constitucionales¹⁴⁷ y el segundo son los tratados y convenios internacionales ratificados relativos a derechos humanos.¹⁴⁸ En particular el margen de acción al legislador en materia penal, está establecido por los siguientes criterios constitucionales.¹⁴⁹

1. Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal. De acuerdo con el principio de subsidiariedad "se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal"; según el principio de *ultima ratio* "el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles" y finalmente, en virtud del principio de fragmentariedad "el derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos".
2. Principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos*. El derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad.

¹⁴⁶ Margen definido como amplio por la jurisprudencia, el legislador puede "crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado (...) el legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución". Sentencia C-013 de 1997.

¹⁴⁷ Sentencias C-125 de 1996 y C-239 de 1997.

¹⁴⁸ Sentencias C-587 de 1992, C-404 de 1998 y C-177 de 2001.

¹⁴⁹ Sentencia C-365 de 2012.

3. Principio de *legalidad*. Cuando haya lugar a una limitación, los requisitos deberán ser fijados por la ley, ya que al ser una libertad personal, la Constitución establece una estricta reserva legal.
4. Principio de culpabilidad. *i*. El derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”. *ii*. El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. *iii*. El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.
5. Principios de *racionalidad* y *proporcionalidad* en materia penal. Se deben ponderar las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales como el derecho a la libertad y al debido proceso.
6. Bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales. Además de los límites explícitos consagrados por la Constitución, y los implícitos relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que hacen parte del bloque y que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración.

2.2. Constitucionalidad de la imposición de tributos

La Constitución de 1991 consagró los principios fundantes del sistema tributario que, por el desarrollo jurisprudencial, se constituyeron en límites al poder Legislativo, hasta entonces poder tributario cuasi soberano, para la creación legal de tributos. La Constitución introdujo el deber general de

contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado,¹⁵⁰ dentro de los principios del estado social de derecho, en particular, de la justicia y la equidad.¹⁵¹ Estableció¹⁵² que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.¹⁵³ El control judicial se debe ejercer entonces para condicionar el deber contributivo al respeto de esos principios. A su vez, la Corte Constitucional acuñó el “principio de autonomía legislativa” para designar la competencia del legislador en la creación, modificación y extinción de tributos, y en la determinación de los respectivos sistemas de administración y recaudo.¹⁵⁴

En 2002 el gobierno de Uribe presentó una reforma al estatuto tributario donde, entre otras normas, consagraba un artículo que gravaba con el impuesto al valor agregado (IVA) en 2% una serie de bienes y servicios hasta entonces excluidos o exentos. Se trataba sobre todo de la leche, la carne, los huevos y los medicamentos, así como a servicios esenciales como la salud, el agua, la luz, el gas y la educación. La Corte declaró inconstitucional dicho artículo (C-776 de 2003).¹⁵⁵ Sostuvo que los principios tributarios de progresividad y equidad, que en un estado social y democrático de de-

¹⁵⁰ Artículo 95, numeral 9 constitucional.

¹⁵¹ Principio de equidad, “quien tiene más, debe pagar más”. Sentencia C-556 de 1993.

¹⁵² Artículo 363 constitucional.

¹⁵³ El principio de progresividad exige que quien tiene más contribuya en mayor medida y “depende fundamentalmente de la proporcionalidad existente entre el beneficio recibido y la tarifa del impuesto”. Sentencia C-335 de 1994. Regula que el sistema tributario reduzca las diferencias relativas entre los aportantes conforme a su capacidad contributiva de la que disponen. Para lograrlo se debe diseñar un sistema tributario con sus normas particulares, de forma tal que reparta con justicia la carga tributaria estatal a partir de la capacidad contributiva de las personas. La carga tributaria debe ser mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente. Sentencia C-419 de 1995. Debido a que este principio permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados, se puede afirmar que el principio de progresividad se deduce del principio de equidad vertical. Sentencia C-643 de 2002.

¹⁵⁴ “En materia tributaria, la Constitución consagra claramente que el legislador cuenta con una muy amplia autonomía para definir los elementos básicos, así como el procedimiento de administración y recaudo de un tributo”. Sentencia C-172 de 2001.

¹⁵⁵ Artículo 116 de la ley 788 de 2002 “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”.

recho rigen al sistema tributario, deben interpretarse sistemáticamente con el principio de igualdad y el derecho al mínimo vital.¹⁵⁶ Esta es una de las sentencias más importantes que la Corte ha proferido en materia tributaria. Ha procurado armonizar en su jurisprudencia el principio de equidad con tributos indirectos como el IVA. Ha exigido al legislador tener en cuenta los supuestos fácticos que rodean la imposición de un tributo indirecto, con el fin de gravar sólo aquellos usuarios que están en capacidad de soportarlo.¹⁵⁷ En este caso, tuvo en cuenta información relacionada con las tasas de pobreza e indigencia, la equidad del sistema tributario, los niveles de desescolaridad y desempleo, así como la distribución del ingreso en Colombia, y la falta de medidas de gasto social, que hayan probado ser efectivas, que compensen la afectación del mínimo vital de las personas más necesitadas.¹⁵⁸ Debido a que el IVA es un impuesto indirecto, es regresivo toda vez que se debita a las personas con independencia de su capacidad económica. La implementación del artículo 116 habría tenido severos efectos sobre la población desfavorecida y profundas implicaciones para el sistema tributario.

Con respeto al margen de acción legislativo en materia tributaria, la Corte ha operativizado los principios de equidad y progresividad como límites negativos al legislador, por ejemplo, en el caso de la ampliación de la

¹⁵⁶ "Cuando se extiende la base del IVA para gravar bienes y servicios, que antes habían sido excluidos para promover la igualdad real y efectiva (art. 13 de la Constitución política) en un Estado Social de Derecho (art. 1° de la Constitución política), el legislador tributario vulnera los principios de progresividad y equidad que rigen el sistema tributario (art. 363 de la Constitución política y art. 95-9 de la Constitución política), interpretados en consonancia con el derecho fundamental al mínimo vital (arts. 1° y 13 de la Constitución política en concordancia con el artículo 334 de la Constitución política), si (i) de manera indiscriminada, sin el mínimo de deliberación pública en el seno del Congreso exigido por el respeto al principio de no tributación sin representación, se modifica un sistema tributario, (ii) con graves falencias tanto en el lado de los ingresos provenientes de tributos con diseño progresivo como (iii) en el lado del gasto encaminado a cumplir fines redistributivos, (iv) mediante la ampliación de la base del IVA a todos los bienes y servicios de primera necesidad, (v) de los cuales depende ineludiblemente el goce efectivo del derecho al mínimo vital de un amplio sector de la población del país, dadas las insuficiencias de la red de protección social". Sentencia C-776 de 2003.

¹⁵⁷ Con fundamento en esta tesis se declaró constitucional las exenciones introducidas por el legislador, respecto de la prestación de algunos servicios como salud y transporte público. Sentencia C-094 de 1993.

¹⁵⁸ Sentencia C-776 de 2003, apartado 4.5.6.1.

base gravable del IVA que, como impuesto indirecto, implica automáticamente inequidad al no atender al nivel de ingreso de los contribuyentes. Es fatal que el gravamen sea trasladado al consumidor.¹⁵⁹ Adquirir un bien no puede hacer presumir al legislador tributario que se tiene capacidad contributiva¹⁶⁰ si no se examina la naturaleza del bien.

Si bien la Corte había señalado que se presume la capacidad de pago de quienes adquieren productos gravados, este criterio no vincula este caso porque se trata de productos de primera necesidad que por su naturaleza requieren todos los miembros de la sociedad, pero cuyo impuesto sólo afecta a los más desfavorecidos que tienen capacidad de pago reducida.¹⁶¹ Una persona que compra una bolsa de leche o una ración de pan no está ejerciendo su libertad como consumidor, en un sentido, sino que está supliendo necesidades básicas. Tampoco se deriva que siempre y en todos los casos los impuestos indirectos sean declarados inexecutable, pero indica que debe examinarse el contexto socioeconómico donde van a implementarse los nuevos gravámenes.

La Corte ha reafirmado en su jurisprudencia el amplio margen de configuración que la Constitución le confiere al Congreso en materia de política tributaria, con el fin de que pueda determinar qué no se grava, qué se grava y con qué porcentaje. Este margen de configuración ha sido calificado como "la más amplia discrecionalidad".¹⁶² Por esta razón se declaró executable el artículo 34 de esta misma ley 788 de 2002 que consagra bienes gravados con IVA del 7%. De la particular amplitud no se deriva, claramente, la falta de límites. El ejercicio de la competencia del legislador no es ilimitado en un estado constitucional, puesto que al mismo se le impone el necesario respeto del "marco constitucional en su integridad". Como todo ejercicio que realice el Congreso en el marco de una democracia constitucional, está sometido a los límites y vínculos que establecen los derechos fundamentales y los principios constitucionales que, como la legalidad tributaria, la

¹⁵⁹ Sentencia C-094 de 1993.

¹⁶⁰ Sentencia C-238 de 1997.

¹⁶¹ Sentencia C-505 de 1999.

¹⁶² Sentencia C-007 de 2002.

equidad fiscal, la eficiencia, la progresividad y la igualdad real, debe respetar la potestad impositiva del Congreso.

El Congreso puede modificar la normativa tributaria en ejercicio de su potestad impositiva, pero no lo puede hacer de cualquier forma. En la justificación que otorga a dichas modificaciones debe considerar los objetivos de fomentar determinadas actividades o sectores económicos, pero también atender al hecho de que como resultado de las propias deliberaciones del Congreso se ha sostenido durante décadas una decisión relativa a no extender la carga tributaria a las personas con baja capacidad contributiva.¹⁶³

Los impuestos indirectos no se pueden analizar a la luz de su contenido porque su conformación técnica, y la necesidad de su administración eficiente, impiden que sea creado y recaudado atendiendo el principio de la progresividad (C-597 de 2000). Sin embargo, la Corte ha hecho un análisis sistémico del impacto de un impuesto indirecto como el IVA respecto de la progresividad, en virtud de lo cual ha creado un margen de acción estructural para elección de medios. En desarrollo de este análisis ha sostenido que el *principio de progresividad* del sistema tributario está a salvo porque¹⁶⁴ la adquisición de un bien o servicio gravado hace presumir la capacidad contributiva de quien lo consume, quien más consume más aporta, las personas gozan de libertad para adquirir o no bienes y servicios gravados, la progresividad del sistema tributario también se concreta en la distribución de los beneficios que se obtienen en razón del gasto público financiado por el gravamen y porque la diferenciación de tarifas, dependiendo del tipo de bienes o servicios, garantiza la progresividad en el pago del impuesto. Este razonamiento sirvió de base, no sólo a la inexecutable del artículo 116 referido, sino a la declaratoria de constitucionalidad del establecimiento de

¹⁶³ El apartado 4.5.2 de la sentencia presenta una breve reconstrucción histórica del IVA en Colombia, de la cual se colige que el artículo 116, por sus profundas implicaciones para el sistema tributario, implicó una modificación del sistema tributario en su conjunto, el cual “era uno distinto antes de la norma acusada y fue objeto de una modificación, no puntual o accesoria, sino trascendental”.

¹⁶⁴ Un análisis detallado de este razonamiento puede encontrarse en la sentencia C-776 de 2003.

tarifas diferenciales del IVA del 45% para bienes suntuarios como vehículos de lujo¹⁶⁵ y pequeñas aeronaves.¹⁶⁶

La justificación del gobierno, en particular del Ministro de Hacienda y del director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en sus respectivas intervenciones en la sentencia, es que los recursos se destinarían prioritariamente hacia el beneficio de los sectores desfavorecidos, por lo que al cobrarle el IVA a productos de primera necesidad terminarían beneficiándose del recaudo adicional. Además de la falta de evidencia que respalde la compensación de la nueva carga impuesta, constató la Corte que para entonces el gasto público social había venido disminuyendo en los últimos años y que en realidad el IVA se destinaría para financiar el gasto en seguridad y defensa.

2.3. Margen de acción en materia económica discutible

La máxima discrecionalidad que la Corte dispensa a los órganos representativos en diversas materias, como la penal y la tributaria, se reconoce cuando acontecen casos donde no hay una afectación de derechos probada y cierta, y subsiste al tiempo una polémica razonable entre los especialistas en la respectiva materia por los medios idóneos para alcanzar fines determinados. El criterio de análisis consiste en verificar la constitucionalidad de los fines y, luego, la suficiente y debida deliberación parlamentaria donde se hayan expuesto diversas perspectivas, implicaciones, argumentos y contrargumentos por todos los facultados para hacerlo sin restricciones arbitrarias.

En este sentido, por ejemplo, si se respeta el ideal deliberativo en la política tributaria se pueden asegurar la efectividad del principio de no tributación sin representación, los principios de *progresividad* y *equidad*, y la toma de decisiones con pleno conocimiento acerca de la legitimidad constitucional del fin buscado y la adecuación de los medios para conseguirlos. La Corte ha sostenido que hay una relación entre amplitud deliberativa y margen de acción legislativa. Una sentencia que estudió una demanda de inconstitucionalidad contra una ley conocida como de “empleabilidad y

¹⁶⁵ Sentencia C-556 de 1993.

¹⁶⁶ Sentencia C-335 de 1994.

protección social",¹⁶⁷ consagró un importante criterio de constitucionalidad que ha sido seguido por la doctrina de la Corte.

La sentencia C-038 de 2004 declaró exequibles los artículos 25 y 26, entre otros, de dicha ley. El primero extiende la jornada laboral ordinaria o diurna hasta las 10 pm, mientras que la regulación precedente señalaba que ésta iba únicamente hasta las 6 pm. Extender la jornada laboral ordinaria hasta las 10 pm implica que quienes trabajen entre las 6 pm y las 10 pm no tendrán ya derecho al recargo por trabajo nocturno. El segundo modifica la remuneración de los dominicales y la compensación del descanso en los mismos cuando no son habituales, pues reduce de 100 a 75% el recargo por trabajo en festivos y dominicales.

El principal argumento a favor de la inconstitucionalidad de los artículos 25 y 26, era que establecen regulaciones menos favorables a los trabajadores respecto de las normas subrogadas, por lo que su implementación implica un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual estaría prohibido en materia de regresividad en derechos sociales. Quienes defienden la constitucionalidad, por su parte, sostienen que incluso si dicho retroceso existiera, estaría justificado porque no afecta derechos adquiridos ni situaciones consolidadas, y tiene una finalidad legítima, como es promover el empleo y contribuir así al desarrollo económico estatal.

La idoneidad y necesidad de la medida estaban en entredicho. De una parte, habían dos posiciones acerca de que recortar los costos laborales derivaría o no en una mejoría en los indicadores nacionales de empleo. De otra, no se encontraban otras medidas que alcanzaran el fin con la misma presunta efectividad, pero que no derivaran en una afectación de los trabajadores.

No sólo la exposición de motivos del proyecto y los informes de ponencias, sino también las deliberaciones en las cámaras, demuestran con claridad que la finalidad de las reformas es constitucional. Se trata de implementar medidas que faciliten la contratación de nuevas personas para apoyar el empleo y favorecer también el crecimiento económico del Estado. Las deliberaciones en las cámaras arrojaron un hecho interesante, cual es

¹⁶⁷ Ley 789 de 2002 que pretendía crear 160 000 empleos por año.

la divergencia no sobre los fines sino sobre los medios para alcanzarlos y sobre la eventual desproporción en la afectación a otros principios y derechos. Sin duda se trata de una medida sensible porque perjudica sobre todo a los trabajadores que reciben un salario mínimo o están en condiciones de empleo informal o subempleo, quienes precisamente se veían en la obligación de, o en todo caso aprovechaban la oportunidad para, trabajar más con el fin de ajustar su salario a sus necesidades. La Corte reconoce que estos artículos modifican las garantías laborales de las personas empleadas porque implican una menor remuneración por el mismo trabajo o una menor protección a la estabilidad en el empleo. La remuneración y la protección, reconoce igualmente la Corte, contribuyen a realizar normas constitucionales y tratados de derechos humanos ratificados por Colombia,¹⁶⁸ toda vez que las condiciones de trabajo deben ser justas, equitativas y satisfactorias.

Podrían encontrarse razones constitucionales de fondo relativas a que la jornada laboral flexible vulnera derechos del trabajador al descanso, a la unidad familiar y a la recreación. Comporta un retroceso en la protección del derecho al trabajo, lo cual vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales. La prohibición *prima facie* de retroceso de los derechos sociales está consolidada en la jurisprudencia constitucional colombiana, así como en la doctrina internacional de derechos humanos¹⁶⁹ que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano vía bloque de constitucionalidad. El trabajo es un derecho constitucional, así como un principio y valor que impone al Estado el deber de dispensarle particular protección. Es igualmente un derecho social que por ser de realización progresiva no sólo exige el amparo de ciertos mínimos, sino también el desarrollo progresivo para lograr su plena realización.¹⁷⁰

Incluso omitiendo la eventual desproporción en la afectación, no estaba del todo clara la idoneidad de las medidas, es decir si disminuyendo los costos laborales de los empleadores se iba a contribuir en efecto con la consecución de los fines establecidos: la promoción del empleo y el cre-

¹⁶⁸ Los convenios de la OIT, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador.

¹⁶⁹ Observación General núm. 3, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1990.

¹⁷⁰ Sentencia SU-225 de 1998.

cimiento económico del Estado.¹⁷¹ En este caso entonces podrían haberse encontrado razones para que la Corte se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de las medidas propuestas por el gobierno y aprobadas por el Congreso para mejorar el empleo. Concentró su análisis en el hecho de que en el Congreso el tema hubiere sido debidamente deliberado, para que se consideraran las implicaciones en el bienestar de los trabajadores para quienes la reducción de su ingreso mensual podría eventualmente afectar su mínimo vital. Con la doctrina de la elusión deliberativa la Corte respeta la máxima discrecionalidad del Congreso para tomar las grandes decisiones nacionales, al resguardar los principios mínimos que deben seguirse durante el trámite parlamentario, los cuales son protegidos por normas reglamentarias. De las deliberaciones en las cámaras igualmente quedó claro que entre los especialistas en el campo económico subsiste una discusión profunda por las perspectivas y los diagnósticos relativos a las causas del desempleo y las maneras idóneas para realizar reformas que conduzcan a su aumento.¹⁷²

El principio de *favorabilidad laboral* no impide modificar la normatividad existente, a pesar de que resulte menos favorable al trabajador. Por tal razón la Corte en la sentencia C-038 de 2004 analizó otras cuestiones independientes a la afectación a derechos. El debate teórico que encontró se sintetiza en la legitimidad constitucional de las medidas que, si bien implican la reducción de las garantías de los trabajadores, se encontraron para lograr

¹⁷¹ Conforme a la exposición de motivos, se podrían crear un total de 640 000 empleos durante el cuatrienio.

¹⁷² La Corte reconoce en la sentencia que producto de la deliberación motivada por las razones que fundamentaban el proyecto, se suscribió finalmente una de las dos posibles perspectivas económicas, la ortodoxa y neoclásica, conforme a la cual una de las razones del alto desempleo reside en la rigidez y los altos costos laborales, que impiden que exista un ajuste del mercado laboral vía reducción del salario. Esta perspectiva encuentra oposición por quienes sostienen que no hay evidencia teórica o empírica de que la flexibilización del mercado laboral, logre realmente un aumento considerable del empleo. Por el contrario, desde la perspectiva keynesiana se sostiene que el desempleo se debe a un déficit de demanda efectiva, por lo cual una flexibilización del empleo disminuyendo el salario no aumenta el trabajo, sino que incluso puede implicar un agravamiento del desempleo, pues la caída del poder de compra de los trabajadores reduce la demanda efectiva, con lo cual se agravan la recesión y el desempleo. Sentencia C-038 de 2004, fundamento 31.

el fin de promover el empleo de quienes no lo tienen o están en situación e informalidad —ampliar la jornada diurna hasta las 10 pm, reducir los recargos en festivos e introducir la jornada laboral flexible—. La sentencia reconoce la complejidad de analizar la constitucionalidad de las normas laborales que subrogan normativa que afecta, de alguna medida, provisiones que resultan de particular importancia para sectores desfavorecidos de la población.

Para fundamentar su decisión de constitucionalidad la Corte recurre a la diferencia doctrinaria y jurisprudencialmente bien establecida, entre una mera expectativa y un derecho adquirido, el cual tiene protección constitucional según el artículo 58, por lo que no puede ser desconocido por leyes ulteriores. El legislativo puede modificar regulaciones abstractas, aunque afecten a alguna persona que no podrá cumplir las expectativas que tenía de obtener algún día un derecho,¹⁷³ pero no puede afectar un derecho adquirido, el cual se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho.¹⁷⁴ La ampliación de la jornada laboral ordinaria y la reducción del porcentaje de pago por el trabajo dominical o festivo, son expectativas en lugar de derechos adquiridos. Explícitamente dijo la Corte que las expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral.

La justificación de la ampliación de la jornada diurna eliminando el recargo por trabajo nocturno, se basó en la estimulación de una mayor ocupación laboral en las empresas comerciales y de servicios. La justificación de reducir los recargos en festivos tiene el propósito similar de permitir una mayor flexibilidad a las empresas, sin que dicha flexibilidad se traduzca en recargos salariales, con lo cual se considera que se fomenta el empleo. La jornada laboral flexible permitiría a las empresas, de común acuerdo con sus trabajadores, organizar turnos de trabajo, que flexibilicen la producción

¹⁷³ Sentencias C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-147 de 1997, C-350 de 1997 y C-781 de 2003.

¹⁷⁴ Sentencia C-478 de 1998.

y reduzcan los costos, con lo cual las empresas pueden tornarse más competitivas y pueden contratar nuevos empleados.¹⁷⁵

Un problema jurídico de profunda implicación teórica surge al examinar la perspectiva con la cual se observa la controversia que involucra el caso. ¿La Corte puede evaluar la idoneidad y la necesidad de la fórmula que encontró el gobierno y fue debidamente avalada por el Congreso, para aumentar el empleo y contribuir así con el desarrollo económico estatal, si aún entre los especialistas en la materia hay grandes polémicas sobre las causas del desempleo y las formas de enfrentarlo? La Corte es consciente que no debe mediar en las discusiones cuando no hay una flagrante afectación de derechos y se ha desarrollado la deliberación necesaria tendente a establecer los pros y contras de la medida, entre el gobierno, la bancada mayoritaria y los partidos de oposición.

Dice la sentencia: “frente a debates entre posibles políticas económicas, en donde existan perspectivas teóricas encontradas pero razonables sobre determinados puntos, el juez constitucional debe ser deferente frente a la posición que ha sido asumida por el Congreso, puesto que se trata de asuntos controvertidos por la propia teoría económica y la decisión legislativa goza de la legitimidad que deriva de ser una opción tomada por un órgano democráticamente electo. El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques”.

La jurisprudencia constitucional ha asimilado las regulaciones laborales a las normas que se profieren cuando el Estado interviene en la economía. En estas materias, por tanto, así como también en las tributarias, la Corte dispensa al Congreso la más alta discrecionalidad. Esto tiene dos implicaciones: la libertad de *configuración legislativa* está restringida por los principios

¹⁷⁵ Sentencia C-038 de 2004. En estudios técnicos de la dirección social del Departamento Nacional de Planeación se basó la cuantificación de la contribución de las medidas adoptadas al aumento del empleo, así, la reducción de los recargos por trabajo nocturno y en festivos debería generar 52 600 empleos al año y la disminución de la indemnización por despido injusto incentivaría la creación de 78 900 empleos.

constitucionales pertinentes, en este caso en la normativa iusfundamental sobre el trabajo; y el grado de intensidad del examen constitucional no puede ser alto. Si bien la Corte comparte expresamente con el accionante que los artículos impugnados son menos favorables a los trabajadores respecto de los que fueron subrogados, no encuentra en este hecho fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la medida. Las reformas laborales que tienen efectos negativos, deben contar con una justificación suficiente de que fueron debidamente analizadas en sus consecuencias para fundamentar que son medidas proporcionadas respecto de los bienes constitucionales que afectan para alcanzar un importante propósito constitucional.

Al criterio deliberativo se articula entonces la flexibilidad del control constitucional cuando se trata de medidas tomadas en el seno del debate democrático, por lo que excepto allí donde las medidas que afectan derechos no tengan un fin constitucional o sean palmariamente irrazonables, la Corte cede en sus eventuales consideraciones de política económica para aceptar los argumentos económicos adoptados por el Congreso. La sentencia C-038 de 2004 no examina las razones que justificaron las medidas adoptadas por el legislador, las cuales resultan regresivas respecto de la protección laboral, si bien respecto de expectativas y no de derechos. Se examinó la norma en su constitucionalidad a partir del principio de proporcionalidad, como la Corte ha hecho en otras ocasiones en las cuales medidas tomadas por el Legislativo se declararon inconstitucionales porque, si bien procuraban alcanzar un fin legítimo y eran idóneas para lograrlo, eran o bien innecesarias porque había otro medio disponible igualmente idóneo y menos lesivo con el principio al que se enfrentaba, o bien desproporcionada en su afectación a derechos y principios, a pesar de aquellos que procuraba alcanzar. En este caso es clara la constitucionalidad de los fines que se procuran alcanzar con la medida. Los medios establecidos con esta reforma al Código laboral para alcanzar los referidos fines, son: la modificación de la ampliación del trabajo diurno, la disminución de la remuneración al trabajo dominical y de la indemnización por terminación del contrato laboral sin justa causa, así como la implementación de una jornada laboral flexible.

2.4. Margen de acción para definir la política salarial

Podría señalarse el caso de los fallos polémicos por su impacto económico cuando la Corte ha sostenido, por ejemplo, que el legislador dispone de un amplio margen para diseñar las reglas que han de orientar las decisiones macroeconómicas, particularmente cuando subsisten entre los mismos economistas controversias sobre aspectos críticos de la política en este sentido. Un interesante giro jurisprudencial sobre las polémicas sentencias relativas al incremento anual salarial de los servidores públicos, se ilustra desde la dogmática de los márgenes de acción que la Corte reconoció al Congreso y al gobierno.

La Corte debió enmendar el sentido de los primeros fallos porque protegió al sector público cuando estableció que, en la crisis de 1999 donde a un alto porcentaje de ciudadanos se les redujo su nivel de ingresos, no era posible fijar los salarios públicos por debajo de la tasa de inflación. Primero ordenó que la regla de indexación con la inflación del año inmediatamente anterior, se aplicara a los salarios de todos los servidores públicos¹⁷⁶ y luego consideró que las autoridades competentes debían tener un mayor margen de acción para definir la política de salarios públicos tomando en consideración las restricciones presupuestales.¹⁷⁷

2.5. Margen para la regulación del estado civil

En sentencia C-174 de 1996 la Corte analizó varios apartes de artículos del Código Civil sobre derechos y obligaciones de los cónyuges, y del Código Penal sobre el delito de inasistencia alimentaria,¹⁷⁸ que hacen referencia a los cónyuges, sociedad conyugal y porción conyugal, básicamente. La constitucionalidad de esta normativa fue demandada porque presuntamente vulneraba dos derechos fundamentales, a saber, la igualdad por imponer diferenciaciones injustificadas, es decir discriminaciones, con base en el ori-

¹⁷⁶ Sentencia C-1433 de 2000.

¹⁷⁷ Sentencia C-1064 de 2001.

¹⁷⁸ Respecto del cargo por inconstitucional del aparte demandado del artículo del Código Penal, la Corte ordenó estarse a lo resuelto por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional en sentencia C-125 de 1996.

gen familiar de las personas, y la libertad de conciencia por constreñirse a las personas a contraer matrimonio para poder ser titular de dichos beneficios. El fundamento de la demanda es que la Constitución igualó al matrimonio con la unión libre, por lo que es discriminatorio que los cónyuges tengan derechos u obligaciones que no tienen los compañeros permanentes.

La Corte declaró exequibles las expresiones demandadas porque a su juicio la diferenciación entre el matrimonio y la unión libre no era discriminatoria. No corresponde a un capricho del legislador, sino a un campo que tiene reservado para concebir a la familia como el núcleo esencial de la sociedad que puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos. Se contemplan dos posibilidades de conformación de una familia, por lo que la situación jurídica entre ambas instituciones jurídicas también debe ser diferente. Si bien se han atribuido efectos civiles a la unión libre por razones de equidad, igualar los efectos legales de ambas instituciones significaría desnaturalizar la esencia de la unión libre. Dicho "campo reservado al legislador" para diferenciar estas dos instituciones se basa en la discrecional consideración a las necesidades políticas, económicas, sociales y culturales.

Según la teoría de los principios la Constitución debe ser un orden fundamental porque confía algunas cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, y un orden marco porque establece un marco al ordenar y prohibir algunas cosas. En este caso se observa que a juicio de la mayoría de magistrados, los enunciados normativos constitucionales estipulan mandatos y prohibiciones a la rama legislativa, pero se dejan abiertos márgenes de acción para que el legislador haga uso de su discrecionalidad conforme lo ordenado y prohibido, y de esta forma decida los asuntos fundamentales para la sociedad que deben ser decididos por una Constitución.¹⁷⁹ Como expresó Robert H. Jackson, magistrado de la Corte Suprema estadounidense, la Constitución no es un pacto suicida.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Alexy, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *cit.*

¹⁸⁰ Referencia en Murphy, Walter P.; Fleming, James y Harris, William F., *American Constitutional Interpretation*, Nueva York, Foundation Press, 1986.

En éste, así como en otros casos,¹⁸¹ la Constitución ordena algo al Legislativo —regular el estado civil— pero no determina *cómo* debe hacerlo. El orden fundamental *cualitativo* aparece entonces cuando el legislador resuelve una cuestión importante para una sociedad como es la familia y la forma de organizarse. A partir del *orden marco* y el *orden fundamental*, el margen de acción estructural surge cuando el legislador desarrolla la Constitución estableciendo medidas con atención a lo constitucionalmente prohibido. Respecto de los tres márgenes de acción estructural, queda por decir que el legislador establece como fin regular el estado civil estableciendo como medio una diferenciación entre las instituciones del matrimonio y la unión marital.

Hay *prima facie* una intervención en el principio de igualdad que se puede considerar leve, debido a que se procura cumplir con un fin constitucionalmente legítimo y ordenado por la Constitución. Consagra además una manera determinada de organizar una familia, lo que correlativamente garantiza la libertad de conciencia, pues cada persona, según su concepción del buen vivir y sus creencias, elige el régimen a partir del cual la constituirá. Establecer entonces un régimen diferente para tales instituciones es idóneo y necesario.

En otro caso se usó también un margen de acción, en particular el margen estructural para la determinación de fines, cuando en sentencia C-112 de 2000 se estudió la libertad legislativa para regular las formas del matrimonio y la competencia de un juez específico para conocer del matrimonio. Se afecta presuntamente la igualdad porque la disposición acusada ordena que el matrimonio civil se celebre ante el juez de la vecindad de la mujer, lo cual niega la posibilidad a quienes se quieran casar de decidir el lugar. La Corte encontró que la intervención en el derecho a la igualdad no tenía ningún fin. Por leve o media que fuera dicha intervención, el carecer de fin torna invariablemente inconstitucional la medida. La facultad legislativa para concretar la referida competencia es amplia pero no absoluta, pues al

¹⁸¹ También se encuentran expresiones en salvamentos de voto. Por ejemplo, Rodrigo Uprimny, en salvamento de voto a la sentencia C-754 de 2004, consideró que era el Congreso el que tenía la facultad para limitar el periodo de transición del régimen pensional porque se dio una transición demográfica que hacía insostenible dicho régimen.

determinar el medio para lograr el fin propuesto debe someterse a los principios constitucionales.

En la sentencia C-507 de 2004 la Corte decidió sobre una presunta violación de la igualdad de género, en concreto, si unos artículos del Código Civil eran inconstitucionales por establecer edades diferenciadas entre hombres y mujeres para poder contraer matrimonio. Se estaba entonces ante una supuesta discriminación por género que vulnera el derecho a la igualdad. El problema jurídico fue establecido así: ¿La norma desconoce los derechos fundamentales de los niños y el principio de igualdad (en especial la igualdad de protección y la prohibición de discriminación entre sexos) al declarar nulo el matrimonio celebrado entre una mujer menor de 12 años y un hombre menor de 14?

Lo primero que hace la Corte es precisar si la diferenciación establecida por el legislador encuentra fundamento en el otorgamiento de una medida de protección a la mujer. Define el contenido y alcance del derecho que tienen las personas para conformar de manera libre una familia, así sean menores. A partir de legislación local y extranjera, de la jurisprudencia constitucional y de la teoría de los principios, reconstruye el contenido del principio de igualdad para estudiar el "margen de configuración del legislador", a fin de fijar la capacidad diferenciada de contraer matrimonio. Se trae a colación en este estudio el margen discrecional del legislador para regular las formas del matrimonio, la edad mínima y sus formas de separación y disolución.

La Corte empleó conceptos propios de la dogmática de los márgenes de acción. Primero precisó el orden marco desde lo establecido por la Constitución, pero también por el bloque de constitucionalidad, luego determinó que el orden fundamental surge cuando la Corte reconoce que regular la capacidad para casarse es una competencia atribuida vía Constitución a la legislación civil, para finalmente establecer que el margen de acción estructural es empleado por la Corte cuando sustenta que la Constitución dispone de un campo para que el legislador decida sobre la capacidad para contraer matrimonio.

Encontró de igual forma que constitucionalmente está limitada para juzgar de forma amplia y detallada las medidas legislativas. Su función con-

forme al margen de acción no es establecer si es idóneo el medio empleado por el legislador, sino determinar el presunto exceso en la afectación de un derecho a partir de su discrecionalidad.

Para analizar la ponderación, encuentra la Corte de una parte los derechos de la mujer menor adolescente a una protección reforzada de sus derechos, la cual debe resguardarse sin discriminación por razones de sexo; a su libertad para contraer matrimonio y formar una familia, y su derecho a que se le garantice un desarrollo libre, armónico e integral. La protección reforzada y el deber del legislador de garantizar un desarrollo libre, armónico e integral son también fines en sí mismos.

A partir de la regulación de una edad mínima diferenciada para contraer matrimonio en 12 años para mujeres y 14 para hombres, como medio para conseguir los fines constitucionales de proteger a la menor adolescente y garantizarle un desarrollo libre, armónico e integral, la Corte concluye que es alto el grado de no satisfacción de los principios de protección reforzada, protección sin discriminación por género, libertad para contraer matrimonio y formar familia, y derecho a un desarrollo libre, armónico e integral. La ponderación se realizó a partir de la potestad de regular el derecho a contraer matrimonio que surge del principio democrático. El legislador no cuenta con fundamento para diferenciar por género las edades para contraer matrimonio y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad parcial de la norma bajo examen.

2.6. Fijación de fines, pero margen para la elección de medios en política pública

Algunas de las características políticas y sociales que aquejan a Colombia, legitiman la intervención de la Corte Constitucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Contrario a lo que muchos críticos afirman, al menos respecto de uno de los casos más contenciosos como el estado de cosas inconstitucional declarado a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, ese Tribunal no diseñó como tal la política pública.¹⁸² En virtud del

¹⁸² Müller, Pierre, *Las políticas públicas*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado, 2010, cap. 2. AA. VV., *Diccionario de Políticas Públicas*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.

principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la consecución de los fines del Estado, la Corte puede y debe intervenir en la toma de decisiones que contribuyan a que en Colombia, en tanto democracia constitucional en formación, todos sean beneficiarios del progreso. Fallos activistas que pretendan usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas o sin sustento en la planeación, pueden objetarse en casos concretos.

La formulación y ejecución de políticas públicas es un proceso complejo donde intervienen múltiples agentes estatales y no estatales, cuyos objetivos con frecuencia no son coincidentes e inclusive se enfrentan entre sí. El Estado colombiano históricamente se caracterizó por un predominio de la rama ejecutiva frente a un legislador relativamente débil y fácilmente manipulado en este proceso. El Poder Judicial era virtualmente inexistente. La Constitución de 1991 no sólo cambió el equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo, sino que introdujo varios actores nuevos al juego institucional. Uno de los más importantes ha sido la Corte Constitucional.

Su interpretación jurisprudencial, más que un esquema para orientar la actuación de las ramas del poder público, se ha constituido en un estándar obligado, en unos casos para el impulso a la ejecución de políticas públicas diseñadas por otras entidades estatales y, en otros casos, excepcionales, ha asumido un papel protagónico en su formulación. Señala metas y establece objetivos, pero también realiza audiencias públicas, bien para ilustrarse acerca de un determinado asunto complejo o para controlar el cumplimiento de las órdenes impartidas.¹⁸³ No suele formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendentes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas. En cambio, la Corte respeta la competencia del Ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla.

¹⁸³ En 2015, por ejemplo, se realizaron audiencias públicas trascendentales para el país como la unión de parejas del mismo sexo, la de goce efectivo de derechos de la población desplazada y una de las demandas contra el Acto Legislativo núm. 02 de 2015 por medio del cual se adopta un reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, entre otras.

La Corte ha destacado que no le corresponde imponer un medio determinado para lograr los fines buscados por las políticas adoptadas por los órganos competentes. De hecho debe haber autorrestricción judicial para precisar objetivos concretos, excepto allí donde la Constitución las ha definido de manera expresa, tales como las finalidades sociales del Estado y la inversión social y al goce efectivo de determinados derechos. La Corte puede llegar a exigirles a las autoridades la debida justificación del medio determinado que han elegido para instrumentalizar las políticas públicas adoptadas dentro de ese margen de apreciación y cumplir así con los fines señalados en la Constitución o, más precisamente, en la jurisprudencia.¹⁸⁴

Las órdenes complejas que imparte en casos que las requieran, no establecen cuáles deben ser las medidas específicas que deben adoptarse, sino que están en general orientadas a lograr que se adopten a lo largo del proceso de diseño, implementación, evaluación y control.¹⁸⁵ En concreto, tres etapas pueden identificarse en el rol que ha asumido la Corte respecto de políticas públicas específicas, donde ha demostrado creatividad en los remedios judiciales:

1. Interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto mediante una orden específica de garantía a ese derecho. Puede presentarse el caso de que imparta otra orden para que se diseñe un programa de atención integral, luego de confrontar la realidad con un juicio de naturaleza constitucional. Además de impartir órdenes estructurales con remedios, establece plazos. En el diseño del remedio donde articula los dos tipos de intervenciones anteriores, agrega una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y a establecer parámetros sustantivos para evaluar los resultados de esos procesos, lo cual es llevado con un seguimiento para evaluar si las órdenes impartidas fueron cumplidas o no, y en qué grado. Usualmente ese programa debe ir articulado en la política pública respectiva para garantizar su durabilidad y sostenimiento. Para un tema como el aumento de embarazos adolescentes no deseados, por ejemplo, se ordena la creación e implementación de un programa de educación sexual.

¹⁸⁴ Sentencia C-1064 de 2001.

¹⁸⁵ Sentencia T-418 de 2010.

2. La Corte acude al estado de cosas inconstitucional para juzgar no un acto estatal puntual, sino una realidad. Somete la realidad a un juicio constitucional. Si se verifica que las cosas, que la situación, no es compatible con la Constitución se interviene con órdenes estructurales complejas, según se requiera. La Corte pretende que se transforme la realidad más allá del caso individual que se conoce. Una novedad de esta etapa es también el establecimiento de plazos para cumplir las órdenes. Puede proferir nuevos autos para impartir nuevas órdenes hasta que se supere la situación deficitaria.
3. Diseño de remedios donde se articulan los dos tipos de remedios anteriores, pero se agregan una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y establecer parámetros sustantivos para juzgar los resultados de los procesos. Acompaña la ejecución de la sentencia con un monitoreo para evaluar el grado de cumplimiento de las órdenes proferidas.

En el caso de la salud, por ejemplo,¹⁸⁶ la Corte sostuvo que no era compatible con la Constitución que hubiera un plan de salud para las personas con menos recursos, el cual cubría la mitad de los servicios médicos que se amparaban a los beneficiarios del otro plan. Ordenó entonces que se unificaran los planes de salud. Como hacer eso tiene un costo, implica girar recursos de un lado para otro, la Corte es prudente y no ordena la inversión de una cuantía específica. Ordena al Ejecutivo que diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que se estructure.

Para verificar que se cumplan este tipo de órdenes, la Corte muchas veces retiene jurisdicción y solicita en audiencia pública la rendición de cuentas. Exige que se le rindan informes periódicos. No da la orden y confía que se cumpla. El trabajo del juez cuando imparte órdenes complejas no termina con el "resuelve", sino que precisamente ahí empieza porque debe supervisar y controlar los grados de cumplimiento. Además invita a la sociedad civil a participar en el análisis de lo que el gobierno está haciendo. En las audiencias que se han desarrollado en cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia de la salud, por ejemplo, intervinieron, además de los demandantes y los demandados, ONG, otras agencias gubernamentales,

¹⁸⁶ Sentencia T-760 de 2008.

entidades de control, asociaciones de pacientes y expertos. Dentro de los efectos positivos de esta tercera estrategia, se encuentran el desbloqueo de la política, la creación de nuevas medidas, la incentivación de la participación, la coordinación entre distintas entidades y el reencuadre institucional que se genera a partir de las audiencias para definir tareas y organizaciones que las deben cumplir.

Debido a la inserción de la Corte en el proceso de formación de las políticas públicas, ha tenido que ser rigurosa en la caracterización del principal mecanismo que ha ideado, como es la declaratoria del estado de cosas inconstitucional. En virtud de las declaratorias,¹⁸⁷ ha exigido de las entidades públicas competentes una acción programada y les ha solicitado con posterioridad rendición de cuentas para realizar, conjuntamente con la entidad pública respectiva, la medición y evaluación de los indicadores respecto de los efectos o resultados esperados en la implementación de las políticas, por lo cual también puede sugerir reajuste de las medidas o modificación de sus objetivos.

Como la Corte es consciente de que estas órdenes tienen costo económico y pueden tener un impacto fiscal en casos tan complejos como el desplazamiento forzado interno, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el Ejecutivo diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. Adicionalmente, invita a la sociedad civil a participar en el análisis de los que el gobierno está haciendo de tal forma que la intervención promueve la participación.¹⁸⁸

La sentencia T-154 de 2013 constituye un buen ejemplo que ilustra esta característica que se atribuye a la Corte, y la que asimismo otorga un argumento adicional al planteamiento conforme al cual esta Institución ha

¹⁸⁷ La primera se declaró en la SU-559 de 1997 —no afiliación de profesores al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio— y la versión más sofisticada es la T-025 de 2004 —delito de desplazamiento forzado interno—.

¹⁸⁸ Entrevista de Leonardo García, Lucas Arrimada *et al.*, a Manuel José Cepeda, para el programa radial Última Instancia, México, UNAM, http://ultimainstancia.podomotic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00 (X-15-11), disponible también en los blogs de Roberto Gargarella: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/10/entrevista-cepeda.html> y Gonzalo Ramírez Cleves: <http://iureamicorum.blogspot.com/2011/10/manuel-jose-cepeda-entrevista-sobre-la.html>.

sido en general respetuosa de las funciones y competencias de los otros organismos del Estado. La Corte ordenó al Gobierno Nacional que, en tres meses, diseñara una política pública nacional para enfrentar los efectos nocivos que para el ambiente tiene la actividad minera. Exigió que se tuvieran en cuenta las recomendaciones que en la materia viene haciendo la Organización Mundial de la Salud. Encargó a organismos de control el examen del cumplimiento de las órdenes impartidas y, en particular a la Defensoría del Pueblo, la verificación del cumplimiento de la orden relativa a los derechos de las víctimas.

La discusión relevante en Colombia se dirige más bien, tratándose de las competencias, hacia una presunta intromisión en las funciones del Legislativo, y particularmente del Ejecutivo, porque la Corte termina formulando políticas públicas en algunas de sus sentencias con lo cual destruye el ámbito funcional y presuntamente altera el equilibrio de poderes en la medida en que la rama del poder público, que es precisamente la única a la que no se le atribuye la competencia de formular políticas públicas, es la que en la práctica lo hace impartiendo órdenes, exigiendo reportes acerca del cumplimiento, etc.

La sentencia T-025 de 2004, que declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno, planteó lineamientos generales acerca del fenómeno del desplazamiento, como haberlo declarado estado de cosas inconstitucional. Un problema que trajo progresivamente aparejada la jurisprudencia sobre desplazamiento es que las modificaciones introducidas no se encontraban organizadas. La Corte intentó remediar la falencia de tener una política pública dispersa en muchas sentencias que habían sido proferidas desde 1997 cuando inició con tutelas puntuales, hasta la declaratoria en 2004. Más que modificar la política sobre desplazamiento, esta sentencia organizó la jurisprudencia previa respecto del diagnóstico del problema y la postura de la Corte.

A través de los autos, el 07 y en particular el 08 que ordena la reformulación de las políticas públicas en atención al fenómeno, se configuró la actuación de la Corte en el ciclo de formación de las políticas públicas sobre el particular. Este último auto ordena al gobierno la reformulación, por ejemplo, acerca de verdad, justicia y reparación; acerca de tierras, de vivienda. A

raíz de esto se crearon también unos autos de enfoque diferencial porque aparte de una reformulación de la política de vivienda, se vio la necesidad de realizar la reformulación desde un enfoque diferencial —mujeres, afrocolombianos, indígenas—. Estos enfoques diferenciales son transversales a todos los componentes de la política como vivienda, salud y educación. El auto 08, si bien reconoce los logros alcanzados en algunos derechos, sustentó que aún no se ha logrado un avance integral en el goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado; señaló también el límite final que tenía el gobierno para presentar el informe sobre las actuaciones tendentes a superar al estado de cosas inconstitucional, el cual deberá ser evaluado por la Corte.

La declaratoria de estados de cosas inconstitucional ha procurado precisamente orientar la política del gobierno y el Congreso para impedir, o bien que no haya una política que debe haber, o bien que no subsista una disociación entre las medidas políticas. En caso de que no se contara con la forma de proferir normas y autos de cumplimiento en desarrollo de las declaratorias, podría llegar a haber un caos institucional por el mandato legal que orienta una política y el mandato jurisprudencial que ordena otra distinta.

3. MÁS ALLÁ DEL MARGEN DE ACCIÓN. CUANDO LA JURISPRUDENCIA SE EXCEDE

Una de las sentencias más polémicas proferidas por la Corte en su historia fue la que obligó a reformar el sistema de financiación hipotecaria de vivienda.¹⁸⁹ Hacia finales de los noventa, en el siglo xx, Colombia enfrentó una profunda crisis económica que derivó en un gran aumento de las tasas de interés por parte del Banco de la República. En ese momento había un sistema de financiación de vivienda popular y de clase media que estaba atado a la tasa de interés del mercado. Antes lo estaba a la inflación. Debido al alza en las tasas de interés las deudas hipotecarias de centenares de miles de familias se volvieron imposibles de pagar, pues debido a la misma crisis económica, aumentó el desempleo, se disminuyeron los ingresos de muchas familias y se desvalorizó el precio de las viviendas.

¹⁸⁹ Sentencia C-700 de 1999.

Ante feroces críticas de los economistas, para quienes no debía haber intervención judicial en materia de política macroeconómica, la Corte determinó que era inconstitucional que el mecanismo de financiación de vivienda estuviera relacionado con las tasas de interés. Lo estableció en cambio con el costo de vida y ordenó que la tasa de interés de financiación de vivienda sea la más baja del mercado. Ordenó que se reliquidaran los créditos de vivienda suponiendo que la corrección monetaria estuvo ligada a la inflación y no a la tasa de interés. Como consecuencia bajaron los créditos hipotecarios y muchas familias pudieron pagar sus créditos y conservar así su vivienda.

A pesar de que la Corte sí debió intervenir en este caso, ya que impidió que muchas familias perdieran su vivienda, a nuestro juicio, debió haber exhortado al Congreso a que modificara el sistema de financiación hipotecaria de vivienda, a partir de criterios determinados que hubieran conducido a la baja de los créditos, sin tomar decisiones macroeconómicas tan precisas que cerraron abruptamente la discusión pública sobre la financiación pública de vivienda. Las reglas que estableció no tenían una clara justificación normativa, sino sólo la cláusula abstracta del derecho a la vivienda digna¹⁹⁰ y la obligación estatal de tener una política de vivienda de adecuada.

Además, la Corte debió haber diferenciado entre los deudores de clase media y baja, respecto de los de clase alta, porque generó a la larga un subsidio regresivo a quien está comprando su tercera o cuarta vivienda que recibió una tasa de interés subsidiada por el Estado con impuestos. El subsidio se dirigió hacia las deudas de los deudores hipotecarios en general sin diferenciar entre quienes lo necesitaban para conservar su única vivienda y quienes lo usaron para reducir el pago de una o más propiedades adicionales a las de su propia residencia. Por esta razón se trató también de una intervención judicial negativa, toda vez que creó un subsidio a los deudores hipotecarios por igual sin considerar su extracción socioeconómica, lo que resulta regresivo a nivel de la justicia distributiva.

¹⁹⁰ Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *Constitución y vivienda. Estudio sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR*, Bogotá, Universidad Externado-Temas de derecho público, 2006.

En este sentido dos de los magistrados que salvaron el voto, Cifuentes y Naranjo, establecieron que “El papel institucional de la Corte le impide intervenir políticamente en los avatares y accidentes históricos de un producto financiero, por definición sujeto a las más variadas evoluciones y transformaciones, salvo desde luego que en la ley en la cual ocasionalmente se reflejen esas vicisitudes pueda, en verdad, descubrirse un verdadero “vicio constitucional”. Si ha llegado la hora de eliminar un producto financiero o de transformarlo o mejorarlo, la democracia o el mercado se encargarán de hacerlo. Si no lo hacen, mal puede en su lugar hacerlo una sentencia de inexistencia, así ello le represente a la Corte ganarse la simpatía de grupos de interesados o de ciudadanos. El cometido de la Corte es otro y se ubica en un ámbito de acción y de responsabilidad bien distinto”.

4. LOS EXHORTOS COMO MATERIALIZACIÓN DEL MARGEN PARA LA ELECCIÓN DE MEDIOS

La Corte ha intervenido en las que tradicionalmente eran funciones y competencias de las dos ramas del poder con representación democrática, a partir de tres estrategias: reemplazo de iniciativas de políticas públicas —cuando advierte que las demás ramas hacen caso omiso de temas con impacto constitucional—, aseguramiento del cumplimiento de las políticas públicas del legislador y las propias, y reemplazo del legislador en el control político de las actuaciones del ejecutivo.¹⁹¹

En concreto, dentro de las estrategias que ha ideado la jurisdicción constitucional colombiana para enfrentar graves violaciones a derechos fundamentales y reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social, se destacan la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales, la práctica de proferir órdenes complejas¹⁹² y los requere-

¹⁹¹ Landau, David, *Beyond Judicial Independence, The Construction of Judicial Power in Colombia*, cit.

¹⁹² La orden que establece una sentencia es *simple* cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. La orden es *compleja* cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria

rimientos que, en la forma de exhortos, se le formulan al Congreso o al gobierno.¹⁹³ Con esta *última* figura, inspirada en su configuración en las sentencias de mera inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la jurisprudencia constitucional contribuye a crear márgenes de acción al Legislativo. Se ha acudido, por ejemplo, en casos donde, en sentencias de inexequibilidad diferida, se establece un término al legislador para que expida una nueva regulación legal acorde con postulados constitucionales. Si el legislador no expide la nueva regulación que sustituya la que se declara inexequible de manera diferida, al hacerse efectiva la decisión de la Corte, se generaría el vacío que se quiso evitar. Mediante estos exhortos también se puede declarar inconstitucional una norma pero, en lugar de proferir órdenes concretas con un contenido determinado, se incita o requiere al Congreso y/o al gobierno para que tome medidas necesarias, dentro de un plazo determinado y siguiendo sus lineamientos, para remediar una determinada situación que, confrontada con la normativa constitucional, debe intervenir.

Cuando el exhorto ha estado acompañado de una orden concreta, bien en la sentencia o en un auto posterior, o de condiciones como plazos y términos, el exhorto se entiende vinculante. El término en los exhortos "tiene un componente en cierto modo coercitivo".¹⁹⁴ Según el tipo de exhorto varía correspondientemente su objetivo. Puede tratarse de una orden concreta dentro de un plazo determinado para que la autoridad compelida encuentre los mecanismos que solucionen un problema señalado o de una

de la orden toda vez que depende de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública. Con frecuencia, toma un transcurso de tiempo significativo para su cumplimiento. Sentencia T-086 de 2003. Dentro de los principales ejemplos de sentencias que han impartido este tipo de órdenes, se encuentran la que elevó la salud a estatus iusfundamental (T-760 de 2008) y la que justificó la naturaleza de derecho fundamental al agua potable y el reconocimiento de su protección mediante tutela (T-616 de 2010).

¹⁹³ Véase, Cárdenas, Blanca R., *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*, serie "Temas de Derecho Público", Bogotá, Universidad Externado, 2011. García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo deliberativo*, México, UNAM-III, 2015, cap. 4.

¹⁹⁴ Sentencia C-728 de 2009.

mera recomendación para legislar en un determinado sentido. Además de conminar a determinadas autoridades para que diseñen mecanismos que solucionen situaciones que generan afectaciones a derechos fundamentales, el objetivo de los exhortos en las sentencias, o de las sentencias exhortativas como tal, es evitar el traumatismo que podría generar la declaratoria inmediata de inconstitucionalidad de una norma, por lo que se le otorga un plazo al Congreso para que la reforme a partir de determinados estándares de constitucionalidad. Contribuye así entonces el Poder Judicial, dentro del respeto a la división de poderes, en el proceso de creación y desarrollo del derecho, y eventualmente también en el proceso de formación de las políticas públicas. “El juez constitucional tiene el deber de preguntarse (...) qué tipo de órdenes puede dar para subsanar las omisiones, negligencias o simples trabas burocráticas que impiden tomar las medidas para eliminar o atenuar el riesgo de que se presente una nueva y grave vulneración de derechos fundamentales”.¹⁹⁵

Con distintas denominaciones, el exhorto es un mecanismo utilizado por algunos de los principales tribunales constitucionales del mundo¹⁹⁶ —como el español, el italiano, el alemán y el español—¹⁹⁷ con el fin, tanto de armonizar la tensión entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración legislativa del congreso, como de propender por la garantía efectiva y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. No obstante, se trata de una de las prácticas que ha generado mayor tensión entre analistas, funcionarios del gobierno y parlamentarios, toda vez que implica que una institución cabeza de su respectiva rama del poder público, profiere órdenes a organismos con igual jerarquía, como la presidencia o el propio parlamento. Se ha argumentado que esto implica un desbordamiento de la competencia de la Corte, con

¹⁹⁵ Sentencia T-974 de 2009.

¹⁹⁶ Para sustentar este argumento la Corte cita al doctrinante alemán Hans Peter Schneider en su obra *Democracia y Constitución*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 62 y 218 y ss., y al Tribunal Constitucional Español su sentencia S-124/84, dic. 18/1984, Fundamentos 7 a 10. Véase, sentencia C-473 de 1994.

¹⁹⁷ Góngora Mera, Manuel y Franco Rodríguez, Paola, *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas*, trabajo de grado, Bogotá, Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001. Agradezco a Manuel Góngora el envío del texto.

la correlativa afectación a la división de poderes e invasión a la órbita de actuación del gobierno y el Congreso.

La Corte ha insistido que el exhorto no rompe la división de poderes, sino que es una expresión de la colaboración armónica que debe existir entre ellos para realizar los fines del Estado, en particular, la garantía de la efectividad de los derechos.¹⁹⁸ El exhorto es entonces un mecanismo de cooperación¹⁹⁹ que obliga o conmina a que la autoridad pertinente adecúe el ordenamiento jurídico a la Constitución, sobre todo tratándose de la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales. "Las normas constitucionales no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de su valor normativo, y a la renuncia de la pretensión de reformar la estructura social para alcanzar los valores y fines inspiradores del ordenamiento constitucional. Los fines esenciales del Estado imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente".²⁰⁰

Los exhortos constituyen una forma de materializar el margen para la elección de medios, una vez el tribunal ha establecido fines constitucionales que se deben alcanzar tales como el amparo de los derechos a la igualdad y la dignidad a las parejas homosexuales por el vacío jurídico en la normativa para regularizar sus uniones civiles. La Corte ha proferido exhortos a distintas entidades para que hagan algo destinado a la realización de un derecho o para que dejen de hacer algo que afecta alguna dimensión normativa de la Constitución.

Según su naturaleza vinculante o no vinculante, los exhortos son de dos modalidades. Pueden obligar a la toma de acciones o plantear meras recomendaciones para legislar o realizar alguna acción en un determinado senti-

¹⁹⁸ Sentencia C-221 de 1997 (argumento citado en la C-743 1998, entre otras).

¹⁹⁹ La propia Constitución consagra el mecanismo del exhorto al Congreso para la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, tratándose de las funciones del procurador general de la nación (art. 278, núm. 4), por lo cual no resulta extraño que la institución a la que se le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución pueda asimismo exhortar al Congreso para conseguir los mismos fines. Véase, sentencia C-473 de 1994.

²⁰⁰ Sentencia T-081 de 1993.

do. Ambos pueden igualmente declarar la constitucionalidad de la medida impugnada pero, por una parte, se reconoce un margen amplio del principio de libertad de configuración legislativa al incluirse solamente recomendaciones para que tome medidas determinadas o, de otra parte, el exhorto vinculante se expresa mediante una orden concreta, bien sea en la propia sentencia o en autos posteriores, que obligan a la toma de decisiones.

En el primer caso, como por ejemplo cuando acontece una omisión legislativa relativa, la Corte reconoce que carece de competencia para expedir normas que incluso podrían resultar convenientes o que se consideren adecuadas dentro del ordenamiento. En estos casos exhorta al Congreso para que regule, si lo estima conveniente, acerca de determinados asuntos. En la sentencia C-675 de 1999 lo planteó respecto de la inclusión como faltas constitutivas de mala conducta la tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial y genocidios dentro del régimen especial disciplinario aplicable a los miembros de la Policía.

Los exhortos a los organismos del gobierno para que cumplan sus funciones o al Congreso para que desarrolle la norma constitucional, constituyen una de las formas como la Corte realiza el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Las otras formas son: declarando la inconstitucionalidad, profiriendo sentencias condicionadas o aditivas en los casos de omisión legislativa relativa que afecta derechos tales como la igualdad o el derecho de defensa o acudiendo a la técnica de reenvío para que el legislador corrija la deficiencia.²⁰¹

4.1. Grado de control constitucional, según el tipo de omisión legislativa

Si bien los derechos pueden violarse no sólo por acción, sino también por omisión o acción insuficiente, la jurisprudencia ha reiterado que no toda omisión legislativa puede someterse a control constitucional. La Corte carece de competencia para realizar el control ante casos de omisión legislativa absoluta, es decir, donde el legislador no ha producido norma alguna en

²⁰¹ Sentencia C-442 de 2009.

relación con la materia de que se trata.²⁰² No puede emitir pronunciamiento de fondo ante una total ausencia de normatividad. La esencia del juicio de constitucionalidad es la existencia de una norma legal específica que es el objeto del análisis respecto de la Constitución,²⁰³ es decir, de una norma que se pueda confrontar materialmente con las disposiciones del texto constitucional.²⁰⁴ Sin evidenciar un deber específico de legislar del Congreso, la regla entonces es que no puede declararse una omisión y, por tanto, un exhorto obligatorio.²⁰⁵ Debe existir una realidad jurídica efectiva, una disposición legal, que pueda contrastarse a la Constitución para determinar si dicha legislación incompleta, parcial o insuficiente, conlleva una violación de un derecho, valor o principio.²⁰⁶ A partir de esta contrastación objetiva se demuestra la arbitrariedad o discriminación de la disposición examinada y, por tanto, se declara su inconstitucionalidad.²⁰⁷

Se requiere la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la omisión legislativa resulta incompatible con la Constitución. El tipo de exhorto está determinado por el tipo de omisión legislativa que encuentre la Corte en su examen constitucional. Las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador frente a algo normativamente predeterminado o anhelado. En casos de omisiones relativas la Corte puede exhortar de manera perentoria y obligatoria, o también puede realizar recomendaciones y sugerencias a la autoridad respectiva. Ante omisiones absolutas procede exclusivamente el exhorto no vinculante.

²⁰² La competencia exclusiva de la Corte para fallar tratándose de omisiones legislativas relativas, se encuentra entre otras en las sentencias, C-543 de 1996, C-690 de 1996, C-423 de 1997, C-146 de 1998, C-407 de 1998, C-675 de 1999, C-635 de 2000, C-246 de 2001, C-090 de 2002, C-155 de 2002, C-185 de 2002, C-284 de 2002, C-809 de 2002, C-836 de 2002, C-871 de 2002 y C-311 de 2003.

²⁰³ Sentencia C-314 de 2009.

²⁰⁴ Sobre omisiones legislativas absolutas, C-780 de 2003, C-1154 de 2005 y C-542 de 2008. Ante ausencia de una norma susceptible de control no procede entonces el control constitucional, por lo cual la Corte —como en la C-543 de 1996— profiere sentencia en las que se inhibe de conocer el caso.

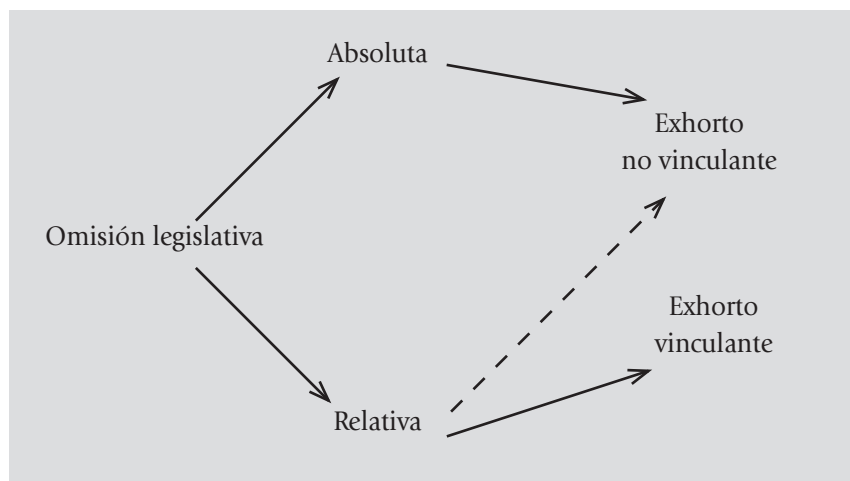
²⁰⁵ Sentencia C-442 de 2009.

²⁰⁶ Sentencia C-179 de 2014.

²⁰⁷ Las causales específicas para la configuración de una omisión legislativa relativa, se encuentran en la sentencia C-185 de 2002.

La competencia de la Corte radica entonces en casos de omisión legislativa relativa o parcial, es decir, donde el legislador, al regular una materia o institución determinada, omite algún sujeto o grupo poblacional, un supuesto de hecho, una consecuencia jurídica o algún aspecto que sería exigencia esencial para que la materia o institución estuviera acorde con la Constitución. Para que se configure la omisión legislativa relativa, la jurisprudencia ha señalado que debe acontecer, al menos, uno de estos tres eventos:

1. la expedición de una ley que, si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros;
2. la adopción de un precepto que corresponde a una obligación constitucional pero se genera una desigualdad injustificable porque excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás, y
3. la regulación de una institución que omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.²⁰⁸



²⁰⁸ Sentencia C-543 de 1996, citada en numerosas sentencias, como la C-132 de 1999 y la C-931 de 2009. Sobre omisiones legislativas relativas, también, C-823 de 2005, C-185 de 2002, C-891A de 2006, C-208 de 2007, C-394 de 2007 y C-463 de 2008. En general sobre omisiones legislativas, C-247 de 1995, C-536 de 1995, C-098 de 1996, C-188 de 1996 y C-745 de 1998.

Si bien la Corte no tiene entre sus funciones constitucionales la de fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados,²⁰⁹ por vía de las acciones públicas de inconstitucionalidad —que puede presentar cualquier ciudadano en contra de la constitucionalidad de una determinada ley o disposición— puede accionar al legislativo ante omisiones relativas. Al encontrar que el legislador ha incurrido en omisión de este tipo, la Corte —en lugar de declarar inválida la disposición objeto de control— ha proferido sentencias integradoras,²¹⁰ donde subsana estas omisiones legislativas relativas que resultan contrarias a la Constitución, al ordenar que al aplicarse la disposición se tomen en consideración supuestos que el legislador omitió en su regulación.²¹¹ Con estas sentencias se extiende un contenido normativo a situaciones fácticas no previstas originalmente en la disposición respectiva. El contenido normativo de la disposición se condiciona entonces a comprenderse en un sentido específico fijado en la sentencia. Se proyectan mandatos constitucionales sobre la legislación ordinaria para integrar vacíos o indeterminaciones normativas. En algunos casos de omisiones legislativas de este tipo el exhorto opera porque, si bien acontece una violación de la Constitución, declarar inexecutable la disposición inmediatamente también podría tener un efecto lesivo sobre la Constitución por el vacío normativo que se generaría.

En casos de vacíos y omisiones legislativas relativas la Corte también puede proferir sentencias interpretativas que condicionan la decisión de exequibilidad cuando la Corte:

1. al adelantar el juicio de constitucionalidad sobre un texto legal encuentra que se derivan varias interpretaciones de las cuales sólo una resulta constitucional y, por tal razón, decide mantenerla como parte del ordenamiento jurídico bajo ese entendido, y
2. decide expulsar la interpretación que es contraria a la Carta, pero manteniendo en el ordenamiento jurídico la disposición cuya constitucionalidad fue cuestionada.²¹²

²⁰⁹ Sentencias C-543 de 1996 y C-675 de 1999.

²¹⁰ Auto 256 de 2009. Las sentencias integradoras pueden ser *interpretativas*, *aditivas* o *sustitutivas*. Véase al respecto, entre otras, las sentencias C-149 de 2009 y C-325 de 2009.

²¹¹ Sentencias C-690 de 1996, C-405 y C-540 de 1997.

²¹² Sentencia C-038 de 2006.

El objetivo de este tipo de sentencias es evitar vacíos en el ordenamiento jurídico, manteniendo simultáneamente dos preceptos constitucionales valiosos: la garantía a la supremacía de la Constitución y el respeto a la competencia del Legislativo en su labor al conservar jurídicamente válido el precepto impugnado. Con estas prácticas se respeta entonces, hasta el mayor grado constitucionalmente posible, el margen de acción del legislador.

Para desarrollar el control constitucional, entonces, el texto legal debe existir materialmente para que en su examen se pueda considerar equivocado o imperfecto en algún aspecto al confrontarlo con la Constitución. La Constitución no se puede cotejar con un ideal normativo, por muy loable y legítimo que sea. La guarda de la integridad de la Constitución se efectiviza al realizar el control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas relativas donde el legislador ha decidido libremente ocuparse de una determinada materia, es decir que no se realiza un juicio constitucional a partir de los deseos de la Corte porque hubiere una determinada norma. En este sentido resultarían inválidas entonces las críticas por el activismo colegislador de la Corte. La razón de ser de un Tribunal Constitucional se materializa en el ejercicio del control ante omisiones legislativas relativas, pues garantiza que las normas emanadas del representante de la voluntad general no ignoren criterios y deberes mínimos que, por decisión del mismo constituyente, deben atenderse en relación con el asunto bajo examen.²¹³

4.2. Tipos de exhortos y sus destinatarios

La manera idónea de clasificar los exhortos de la Corte Constitucional es entonces conforme a su grado de vinculatoriedad, es decir, si se trata de exhortos que consagran una orden específica, e incluso un plazo temporal para cumplirla y la respectiva rendición de cuentas, o por el contrario sólo consagra una recomendación para que se legisle sobre una determinada institución o se considere desarrollar un tema en evidencia de una omisión legislativa absoluta. Señala un fin constitucionalmente deseable, pero al no establecer referentes normativos, plazos o la obligatoriedad de rendir cuentas, se consideran exhortos no vinculantes.

²¹³ Sentencia C-314 de 2009.

En el quinquenio entre 2000 y 2015 —octubre— la Corte Constitucional profirió 215 sentencias donde en su parte resolutive se incluyen uno o varios exhortos hacia una o varias autoridades.²¹⁴ Las entidades más exhortadas durante este periodo fueron el Congreso, con 38, y el Gobierno Nacional en sentido amplio, particularmente los ministerios de salud, con 13, protección social, con 18, y educación, con 9.²¹⁵ Otros organismos exhortados por las sentencias de la Corte fueron la Presidencia de la República, otros ministerios, superintendencias, órganos de control, empresas y personas naturales.²¹⁶ Interesa analizar brevemente la naturaleza de estas medidas, para lo cual se omitirán exhortos menos representativos como aquellos proferidos hacia personas naturales o jurídicas.

4.2.1. *Gobierno nacional en sentido amplio*

Hacia el gobierno en sentido amplio es donde se dirigen más exhortos, en particular a los ministerios, toda vez que se trata de los organismos encargados de diseñar y ejecutar políticas públicas, impulsar acciones legislativas o prestar algún tipo de servicio público que se dirige hacia la garantía de derechos fundamentales como la salud y la educación. En el sistema institucional colombiano el diseño y la ejecución de las políticas públicas corresponde primordialmente al Poder Ejecutivo, incluyendo los entes territoriales:²¹⁷ al gobierno nacional que inicia el proceso de ejecución con el plan de gobierno en la campaña que, una vez en ejercicio del cargo, el gobierno básicamente lo convierte en el proyecto de la ley del plan nacional de desarrollo. Por esta razón los ministerios al ser organismos encargados de formular, implementar y evaluar políticas públicas, son los más exhortados a cumplir mandatos constitucionales.

Los ministerios más exhortados son los de Salud, Protección Social y Educación, lo que resulta predecible en un país con tan altas tasas de pobreza y desigualdad como Colombia, y cuyo déficit en la protección de derechos

²¹⁴ Véase, anexos cuadro 1 Total de exhortos en el quinquenio 2000-2015.

²¹⁵ Véase, anexos cuadro 1 y cuadro 2 Entidades más exhortadas.

²¹⁶ Sobre la organización del Estado colombiano, véase <https://c-politica.uniandes.edu.co/oec/index.php?ac=rl>

²¹⁷ Art. 115 constitucional.

sociales se ha encargado precisamente de visibilizar la Corte en la revisión de las millones de acciones de tutelas que se presentan cada año.

El tipo de exhortos en materia de salud se dirigieron sobre todo a la adopción de medidas necesarias para garantizar este derecho en la realización de determinados tratamientos a personas naturales o en la adopción de medidas o políticas generales por parte del ministerio o de empresas prestadoras del servicio. Se le exhortó por ejemplo (T-105 de 2015) en el sentido de actualizar los sistemas de clasificación de enfermedades e incluyera una rara enfermedad hereditaria —síndrome de Híper IgE— como una enfermedad autónoma.

En algunas oportunidades se les exhortó conjuntamente a los ministerios de Salud y Protección Social para que implementen planes o mandatos ya dispuestos en ley, como por ejemplo cuando solicitó que se definiera la obesidad como una prioridad de salud pública, que se fortalecieran programas de prevención del sobrepeso y se promovieran buenos hábitos alimenticios y actividad física (T-861 de 2012). En casos de personas nacidas en condición intersexual, se les exhortó (Auto 405 de 2014) para que elaboren guías para su tratamiento y que puedan recibir un manejo adecuado en las instituciones de Salud cuando deseen la readaptación sexual.

En la sentencia T-770 de 2011 se exhorta al Ministerio de Salud y a su superintendencia adscrita, la de Salud, para que adopten las medidas tendientes a supervisar a entidades prestadoras de servicios de salud —Saludcoop y Cafesalud EPS—, para que cumplan efectivamente con órdenes previas impartidas en el sentido de no realizar cambios repentinos e injustificados en la prestación del servicio de salud y permitir que sus afiliados escojan la Institución Prestadora de Servicios médicos (centros, clínicas y hospitales) que prefieran.

Al Ministerio de Transporte se le exhortó por ejemplo (T-442 de 2013) a que promoviera la implementación de medidas que establezcan la forma y condiciones como puedan o no operar vehículos para transporte público, consistentes en bicicletas reformadas para llevar dos pasajeros en la parte trasera, llamados “bicitaxis”.

Los requerimientos al Ministerio de Defensa estuvieron dirigidos por ejemplo (T-1206 de 2001) hacia la evaluación del riesgo de las personas ve-

cinas a las estaciones de policía de los municipios afectados por la violencia y a la correspondiente adopción de medidas pertinentes para minimizar el riesgo al que estas personas se encuentran expuestas. Este es el caso de un padre de familia para quien, el hecho de que el jardín donde estudiaba su hijo se encontrara próximo a la estación de policía y a una base del Ejército representaba un peligro para la vida e integridad personal de los menores y de los trabajadores.

En un caso que involucró a un reconocido compositor de música vallanata, Rafael Escalona, la Corte se vio abocada a exhortar a los ministerios del Interior y de Cultura para que actualizaran la legislación sobre derechos de autor para brindar la adecuada y necesaria protección de la seguridad social de los artistas (T-367 de 2009).

En Colombia existe un grupo de organismos públicos de naturaleza técnica, denominados superintendencias, cuya función consiste en inspeccionar, vigilar y controlar sectores como las telecomunicaciones, la seguridad privada, el comercio, el mercado financiero, las sociedades comerciales, los puertos y el transporte, los servicios públicos así como los servicios notarial y prestador de salud. Algunas están adscritas al ministerio respectivo, según la materia, mientras que otras hacen parte del orden nacional y son entidades descentralizadas. Dependen en todo caso del gobierno nacional. Los exhortos hacia las superintendencias han estado dirigidos sobre todo hacia el cumplimiento de sus funciones, atendiendo criterios temporales, como plazos fijados y estándares constitucionales como el goce efectivo de los derechos.

La Superintendencia de Salud fue exhortada en una oportunidad (auto 245/10) para que, en el término de cinco días, informara a la Corte así como a otras entidades, las sanciones impuestas a las Entidades Prestadoras de Salud por el incumplimiento de una de las órdenes impartidas en la macrosentencia sobre la fundamentalidad y garantía del derecho a la salud (T-760 de 2008).

Un típico exhorto conminativo fue el dirigido al Departamento Administrativo de Presidencia de la República (T-878 de 2014) para que evaluara la facilidad y oportunidad con la que las mujeres agredidas pueden acceder a las ayudas consagradas en el decreto 2734 de 2012, que reglamenta las

medidas de atención a las mujeres víctimas de violencia y, de ser necesario, para que adoptara las modificaciones pertinentes que impidan la revictimización de la población femenina agredida.

El reconocimiento de los derechos sociales requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas.²¹⁸ Los derechos sociales de muchas personas —la mayoría, de hecho, en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas— son precondiciones para el ejercicio de los clásicos derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en los que se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza, asociación y circulación, por ejemplo. Pero, como señala Alexy, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada; son, en este contexto, “fórmulas vacías”.²¹⁹ La Corte Constitucional eliminó la separación constitucionalmente consagrada entre derechos fundamentales y derechos sociales, cuyo amparo requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas.²²⁰ La protección a los derechos sociales procura crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad.

4.2.2. Congreso

El Congreso —como órgano elabora, reforma y deroga las leyes— ha sido la segunda entidad más exhortada por parte de la Corte. El exhorto natural al Congreso es para que legisle pero la mayoría, al respetar su margen de

²¹⁸ Bobbio, Norberto (ed.), *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.

²¹⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 488 y ss.

²²⁰ Bobbio, Norberto (ed.), *op. cit.*, p. 541.

configuración legislativa ante omisiones absolutas,²²¹ son recomendaciones o sugerencias para legislar en determinado sentido. Ante omisiones legislativas absolutas o relativas, es decir, mandatos constitucionales que se deben cumplir o recomendaciones para que en el ámbito de su discrecionalidad el Congreso regule, se encuentran exhortos como los siguientes.

En 1994 la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la prohibición de huelga en los servicios públicos, consignada en el Código Sustantivo del Trabajo.²²² Ante una omisión legislativa absoluta —porque después de 15 años de expedida la Constitución el Congreso aún no había desarrollado el artículo 56 constitucional (“Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”) que le asignaba la función de definir los servicios públicos esenciales para restringir legítimamente en esos casos el derecho a la huelga— resolvió exhortar al Congreso para que, en un plazo razonable, expidiera una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales acorde con la Constitución. El exhorto fue el mecanismo elegido para “excitar la actividad legislativa”.²²³

Toda vez que 10 años después no se había atendido el exhorto correspondiente, no obstante la evidencia de la omisión legislativa absoluta, en la sentencia C-691 de 2008 la Corte fue un poco más allá de la mera reiteración del exhorto y resolvió que, mientras el Congreso legislaba al respecto, se debía respetar la regla general del artículo 56 constitucional que amplió el alcance del derecho de huelga. Al Congreso corresponde entonces restringir la garantía del derecho al definir los servicios públicos esenciales. Sostuvo la sentencia que “el silencio del legislador no obsta para que los sindicatos ejerzan el derecho de huelga y para que este derecho sea interpretado y aplicado en un sentido amplio en punto a los *ámbitos* de actividad

²²¹ Otras sentencias donde exhorta al Congreso en casos de omisiones legislativas absolutas, son C-473 de 1994, C-691 de 2008, T-171 de 2011 y T-087 de 2012.

²²² Sentencia C-473 de 1994.

²²³ Como sostuvo en su concepto de rigor el procurador general de la época, Orlando Vásquez Velásquez, en la sentencia C-543 de 1996.

en los cuales este derecho está garantizado".²²⁴ Sobre cuestión similar, en la sentencia T-171 de 2011,²²⁵ se volvió a exhortar al Congreso para que desarrollara legislativamente el artículo 56, tratándose en particular de la regulación de la huelga en el sector petrolífero a partir de su definición o no como servicio público esencial.²²⁶

El Congreso ha sido reiteradamente exhortado (la última ocasión en sentencia C-511 de 2013) para que en ejercicio de su potestad de configuración normativa y en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución. En este sentido le llamó la atención sobre la necesidad improrrogable de que expida, según lo ordenado por el artículo 53 constitucional, el Estatuto del Trabajo a partir de los principios mínimos fundamentales de la relación laboral (C-750 de 2008).

Otros exhortos han sido, por ejemplo, para que se adicione el tipo penal de inasistencia alimentaria incluyendo a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho (C-016 de 2004). Originalmente no se consideró la inasistencia entre compañeros permanentes, motivo por el cual, en lugar de expedir una sentencia de exequibilidad condicionada, se exhortó al Congreso para que se enmendara la falencia.

Se le exhortó para que expidiera una regulación normativa que garantice el acceso a la justicia laboral y de seguridad social en los municipios sin jueces civiles o laborales del circuito (C-828 de 2002) y para que regulara lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar (C-728 de 2009) o, de manera urgente y prioritaria, sobre las reglas que permitan registrar e identificar a las personas intersexuales o con genitales ambiguos

²²⁴ Sentencia C-691 de 2008, citada en lo pertinente, entre otras, en la sentencia C-728 de 2009. Ya en la sentencia C-473 de 1994 la Corte había exhortado al Congreso para que en un plazo razonable expidiera una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución.

²²⁵ Luego en la sentencia T-087 de 2012 reitera a su vez el exhorto proferido en esta sentencia T-171 de 2011.

²²⁶ El legislador colombiano en algunas leyes que regulan servicios públicos ha optado por definirlos como esenciales, tal como respecto de los servicios públicos domiciliarios la ley 142 de 1994.

para garantizar su derecho a la personalidad jurídica teniendo en cuenta el interés superior del menor (T-450A de 2013).

En la T-476 de 2014 se exhortó para que tramitara una ley que regule de forma integral y sistemática los derechos de las personas transgénero. Los exhortos también pueden estar dirigidos al impulso para tramitar proyectos de ley, como en el dirigido al Congreso y al Gobierno Nacional (T-891 de 2003), para que se regulara la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. En un exhorto conjunto al Congreso y al gobierno se les solicitó que regularan el acceso a vivienda digna con enfoque diferenciado por déficit total de protección (C-359 de 2013).

Un tipo frecuente de exhorto es el dirigido hacia la actualización de la legislación para adecuarla a los mandatos constitucionales, por ejemplo, (C-230A de 2008) en materia electoral conforme al modelo de organización electoral de la Constitución de 1991 y a la reforma constitucional de 2003, o (T-926 de 2009) en lo concerniente a los proceso de liquidación forzosa administrativa para garantizar la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia.

Si bien la regla general es que ante omisiones legislativas relativas sólo procede el exhorto conminativo no vinculante, desde el inicio de su jurisprudencia la Corte encontró que si dicha omisión recae sobre el desarrollo de derechos constitucionales, tales derechos deben aplicarse de manera directa e inmediata, sin que el silencio del legislador se considere obstáculo para el efecto.²²⁷ A pesar de que la omisión legislativa se declare relativa, en casos excepcionales, la Corte ha exhortado de manera vinculante al Congreso para que llene el vacío normativo encontrado. Por ejemplo, ante la omisión en el desarrollo legislativo de derechos sociales, la Corte se preguntó tempranamente si el juez constitucional debe contemplar inerte las múltiples afectaciones a los derechos constitucionales, incluso a los clásicos de libertad, por la carencia del tipo de provisiones que amparan estos dere-

²²⁷ Sentencia C-728 de 2009.

chos o debe en cambio definir su contenido, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional.²²⁸

En materia de *habeas data* operó un fenómeno similar. La Corte exhortó al Congreso para que, en consecuencia, legislara y remediara el vacío legislativo²²⁹ pero, ante la omisión de regulación, la Corte entra en escena y establece unos criterios jurisprudenciales para la aplicación de dicho derecho. La sentencia T-729 de 2002, presenta uno de los casos en los que la Corte ha exhortado al Congreso para que corrija una omisión legislativa absoluta. En este fallo, la Corte vuelve a recalcar²³⁰ la ausencia de regulación, la deficiencia de mecanismos de protección de los derechos fundamentales relacionados con el manejo de las bases de datos y reitera la invitación al Congreso, así como a otras entidades para que “en la medida de sus posibilidades presenten e impulsen respectivamente, un proyecto de ley estatutaria que ofrezca una regulación amplia, consistente e integral en la materia”.

Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.²³¹

²²⁸ Criterio citado por la jurisprudencia constitucional colombiana que constituyó un importante sustento a la idea, según la cual, los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, justiciables judicialmente. Véase la pionera sentencia T-406 de 1992.

²²⁹ Sentencia C-687 de 2002.

²³⁰ Como había hecho previamente en las sentencias T-414 de 1992, SU-082 de 1995, SU-089 de 1995 y T-307 de 1999.

²³¹ Sentencia T-406 de 1992, citada entre muchas otras en la sentencia C-543 de 1996.

La solución opuesta que supone la no intervención judicial desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos²³² y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos.²³³

Uno de los exhortos más polémicos por omisión legislativa relativa, ampliamente discutido en los últimos años, fue el que involucró el derecho de los homosexuales a que su unión en pareja fuera regulada por el Congreso, de manera discrecional, pero a partir de dos estándares: uno *temporal* y otro *normativo*. El primero consistía, por la evidente y urgente necesidad de remediar el déficit de protección, en la toma de la decisión dentro de los dos años siguientes a la sentencia. El segundo que, se decidiera extender el derecho al matrimonio o crear una nueva figura jurídica que solemnizara civilmente sus uniones, fuera a partir del entendido constitucional de que las parejas homosexuales constituyen una forma admisible de familia. Además si después de los dos años persistía el vacío legislativo, las parejas homosexuales podrán acudir ante notario o juez a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”, así el trámite no pueda ser llamado “matrimonio” y lo que lleven a cabo los notarios se denomine “contrato de solemnización del vínculo marital entre personas del mismo sexo”.

En la sentencia C-577 de 2011, si bien se declaró constitucional la normativa civil que regula el matrimonio como “un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse”, se declaró un déficit de protección que vulnera el derecho a la igualdad. En consecuencia, se reconoció un derecho a que los homosexuales contaran con un contrato para formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la

²³² Art. 2 constitucional. Son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados. Art. 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables. Art. 13, inc. 2, El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

²³³ Art. 228 constitucional.

surgida de la unión de hecho, dice la sentencia. Se le exhortó entonces para que legislara, de manera sistemática y organizada, al respecto.²³⁴

En similar sentido se pronunció en un exhorto en la sentencia C-792 de 2014, donde exigió al Congreso que, en un año, regulara integralmente el derecho a impugnar las sentencias condenatorias. De no hacerlo, advirtió, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

4.2.3. *Gobierno nacional en sentido estricto*

El Gobierno Nacional en sentido estricto —Presidencia de la República— ha sido destinatario de las sentencias exhortativas de la Corte para que reglamente asuntos de su competencia o para que supervise y verifique cuestiones relacionadas con la protección de derechos. Como ejemplo de estos exhortos pueden destacarse el exhorto para que reglamentara “en un plazo razonable” una ley (715 de 2001) sobre traslado y reubicación de docentes amenazados (T-795 de 2003) o aquel para que verificara la implementación de las leyes de integración social de los discapacitados y de la Convención de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de esta población, específicamente, en lo atinente al derecho a la accesibilidad física (T-553 de 2011). En la medida que hay una reserva frente a leyes que decreten exenciones tributarias, porque por mandato constitucional deben ser de iniciativa gubernamental, se exhortó al Gobierno Nacional (T-621 de 2014) para que conforme a las diferentes iglesias reconocidas y en el menor tiempo posible, presentara un proyecto de ley que garantice su trato igual en materia tributaria.

4.2.4. *Órganos de control*

En uno de los exhortos al Congreso para que aprobara un proyecto de ley estatutaria sobre las condiciones de ejercicio, principios y mecanismos ju-

²³⁴ El Congreso acató el mandato e intentó legislar, pero el proyecto “se hundió” durante el trámite parlamentario el miércoles 22 de abril de 2013. Recibió 17 votos a favor y 51 en contra.

diciales y administrativos de protección de los derechos fundamentales al *habeas data* (T-729 de 2002), profirió exhortos en el mismo sentido al procurador general y al defensor del pueblo a fin de que promovieran la presentación de un proyecto de ley para dotar a los ciudadanos de mecanismos suficientes para la protección de los derechos fundamentales, además del *habeas data*, a la intimidad, libertad e información, entre otros.

En la sentencia SU-624 de 1999 se dirigieron exhortos tanto al Procurador General como a la Contraloría General. En el primer caso para que se asignara una unidad para que verifique si el ministro de Educación, los gobernadores, los alcaldes, el ICETEX, están ejercitando diligentemente la función educativa que les corresponde en virtud del ordenamiento legal. En el segundo, para que efectuara un control sobre la gestión y resultado y verifique la eficiencia y la economía con que la Administración Pública hace efectivo el derecho a la educación.

A las cabezas de Ministerio Público, es decir a la Procuraduría y a la Defensoría del Pueblo, se les exhortó (T-857 de 2013) para que continúen con su labor de vigilancia y control respecto del cumplimiento, por parte de los centros de reclusión, de las previsiones para que los nuevos cumplan, desde el inicio, con todas las condiciones básicas en su infraestructura, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

4.2.5. Otras entidades exhortadas

Personas jurídicas de naturaleza privada fueron también exhortadas en sentencias de tutela para que cesara la vulneración de derechos fundamentales²³⁵ como la asociación sindical —contra la empresa propietaria de los reconocidos cafés OMA y la empresa transportadora de valores BRIKNS (T-386 de 2011 y T-340 de 2012)— y el acceso a la información para respetar el derecho fundamental de petición de usuarios del sistema bancario —contra

²³⁵ La acción de tutela es un mecanismo judicial para propender por la garantía y protección de los derechos fundamentales (art. 86 constitucional). Procede contra particulares cuando el particular presta un servicio público, su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo, o el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

los bancos Central Hipotecario y Granahorrar— para que en un término preciso adoptaran procedimientos que garantizaran el acceso a la información a sus deudores de créditos hipotecarios (T-219 de 2001).

Finalmente, dentro de los otros tipos de exhortos, quizá relevante observar cómo la Corte conmina a los miembros de la rama judicial. En un caso exhortó al Consejo Superior de la Judicatura (T-601 de 2013) para que verificara la implementación de la normativa que garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad respecto del derecho al trabajo y el empleo en los cargos públicos y para que (T-969 de 2009) adoptara medidas internas para que las tutelas presentadas contra sus decisiones, sean resueltas por la misma Corporación, en garantía del principio de imparcialidad y el derecho a la doble instancia.

En otros casos, exhortó para que los jueces siguieran la jurisprudencia constitucional. En la T-892 de 2013 exigió que se le diera estricto cumplimiento a los lineamientos fijados por la propia Corte en materia del régimen de transición que había establecido en varias decisiones.²³⁶ En la T-207 de 2012 exhortó a que en futuras ocasiones cuando se deba fallar sobre casos con supuestos de hecho similares, reconozcan y apliquen la jurisprudencia que sobre la materia ha fijado la propia Corte. En la sentencia T-1160 de 2001 profirió un particular exhorto a una magistrada del Tribunal Superior de Ibagué para que agilizará el trámite de los procesos pendientes de resolver y para que en el futuro resuelva dentro del término los recursos de apelación interpuestos.

²³⁶ Sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU-130 de 2013 y C-258 de 2013.